# Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften

von

D. Gottlieb Hufeland,
ordentlichem öffentlichem Lehrer der Rechte auf der Universität
zu Jena.

BIBLIOTHECA
CIVITATIS
BAMBERGENSIS.

Erstes Stück.

Jena
bey Christ. Heinr. Cuno's Erben
1792.

Da 7171

# Vorrede.

Es ist wohl keine Wissenschaft aufzufinden, und wird vielleicht, so lange das Menschengeschlecht diese Erde bewohnen wird, nie eine geben, in der der denkende Kopf, welcher sich dem Studium und der Durchforschung derselben ergiebt, nicht sehr häufig auf Puncte stoßen sollte, die sichtbarlich nicht bloß einer genauern Bestimmung, sondern wohl einer gänzlichen Reform und gründlichen Verbesserung bedürften, oder auch worüber diese bessere Bestimmung wohl schon vorhanden, aber nach dem manchmal fast unerklärlichen Schicksal menschlicher Bemühungen unbemerkt geblieben, oder wohl gar aus ihrem einmal errungenen Besitz wieder verdrängt worden ist. Diesem Mangel aller Wissenschaften ohne Unterschied unterliegen in einem besonders hohen Grade die Rechtswissenschaften.

 Wer

Wer ohne Vorurtheil sie anblickt, und nicht etwa bloß auf den Fleck, der gerade vor ihm liegt, — aus Blödigkeit oder Gemächlichkeit — zu sehen gewohnt ist; wird gewiß mit mir in der Behauptung einstimmen, daß alle Wissenschaften, die zum Felde der Jurisprudenz gehören, in Rücksicht der Form des Vortrags sowohl, als der Materie die Vorzüge, die mehrern andern Wissenschaften durch ihre Bearbeiter schon zu Theil worden sind, noch nicht als die ihrigen ansehen können. Nicht eine einzige — so keck auch diese Behauptung klingen mag; so ist sie gewiß überdacht — nicht eine einzige ist davon auszunehmen. Daß mehrere unter denselben unstreitige Vorzüge vor ihren Schwestern bereits erworben haben, wer wollte das leugnen? Aber wie weit stehen sie dennoch von dem Ideal ab, das sie eigentlich zu erreichen haben? Versuche zur Verbesserung sind in allen gemacht; aber es mag wohl an der Art dieser Versuche selbst, zum Theil wenigstens, liegen, warum sie so wenig Eingang gefunden haben. Zum Theil freylich liegt es auch in der Lage, in der sich die Rechtsgelehr-

lehrten, von welchen am meisten zur Vervollkommung der Wissenschaft zu erwarten wäre, verglichen gegen die Lage anderer Bearbeiter von Wissenschaften, befinden. Ueberhäufte Arbeiten, und zwar meistens von einer Art, wie sie andre akademische Lehrer nicht haben, ziehen die Lehrer der Jurisprudenz vom Ausbilden ihrer Wissenschaften, oft vom Fortstudieren in denselben, ab, zum großen Nachtheil der Gelehrten, der Wissenschaften und der Universitäten.

Unter diesen Umständen, da diese Wissenschaften der Ausbildung so sehr bedürfen, und doch die Lagen und Verhältnisse diese so wenig begünstigen, ist es wohl doppelt verdienstlich, sich derselben zu unterziehen. Wenigstens dieses guten Willens wegen wird man es mir verzeihen, daß ich wage, mich an die wenigen Männer anzuschließen, die an das Werk einer gründlichen Verbesserung Hand angelegt haben. Ich sage: der wenigen; denn nicht alles, was in diesen Fächern geschrieben wird, ist Verbesserung. Gut genug, wenn es nur Wiederholung und nicht etwa gar Verschlimmerung ist.

Während meiner nun schon mehrjährigen Beschäftigung mit den positiven Rechtswissenschaften habe ich eine Menge Materialien gesammelt, worüber ich, meine Gedanken dem Publikum vorzulegen, mich verbunden halte, so daß es mir, wie ich wohl behaupten kann, nicht am Stoff zu mehrern Bänden fehlen dürfte; und es bietet sich mir noch täglich neuer dar. Allein da derselbe immer von allen Seiten erst erwogen werden muß, damit er zur Mittheilung an das Publicum würdig werde; da die Verarbeitung der Materialien noch von der bloßen Auffindung derselben sehr verschieden ist, und da meine mannichfaltigen Geschäfte, von denen ein großer Theil ohnehin zum Besten des Publikums, wie ihm bekannt ist, übernommen wird, mir nicht viele Muße zu beliebiger Verwendung übrig lassen; so könnte es immer eine ziemliche Zeit anstehen, ehe ein beträchtlicher, zur Ausfüllung eines Bandes hinreichender, Vorrath von Abhandlungen zur Herausgabe fertig geworden wäre. Daher habe ich mich zu kleinern Lieferungen in einzelnen Stücken, ungefähr zu sechs Bo-

gen,

gen, entschlossen. Vier derselben werden dann einen Band von einem Alphabet ausmachen.

Die in dem gegenwärtigen Stück enthaltenen Abhandlungen betreffen Materien des deutschen Privatrechts. Da ich schon seit einiger Zeit an einem Lehrbuch dieser Wissenschaft arbeite; so habe ich gerade darüber manches auf dem Herzen, was ich erst mit dem Publicum ausführlich verhandeln und vor demselben beweisen muß, ehe ich wagen darf, es in compendiarischen Aphorismen aufzustellen, die einen solchen Beweis nicht gestatten, ohne daß man dem Zwecke und der schicklichen Form eines Compendiums untreu werde. So werde ich in den nächsten Stücken Verhandlungen über den Begriff, über die Entwickelungsmethode des deutschen Privatrechts, und über das Verhältniß des fremden und deutschen Rechts, über welches letztere, trotz allem, was davon gutes auch schon gesagt worden, dennoch noch manche Lücke der Untersuchung ausgefüllet werden muß, versuchen. Doch werde ich auch noch manche andre

Ma-

Materien des Staatsrechts, Kirchenrechts, selbst des römischen Rechts, vorzüglich auch in Rücksicht auf die Methode, das Recht zu studiren, zu untersuchen Gelegenheit nehmen.

Es ist wohl kaum nöthig zu erklären, daß ich keine Wiederhohlungen bekannter Materien hier zu liefern gedenke. Es ist soviel da, zu berichtigen und zu verbessern, daß man das schon gut gegründete und gut geordnete wohl unberührt stehen lassen kann; dennoch halte ich da Wiederholungen nicht für überflüßig, sondern für verdienstlich, wo das schon gesagte, so gut es auch ist, doch nicht Eingang gefunden; und solche Wiederhohlung werde ich also auch nicht scheuen, wie denn die zweyte Abhandlung dieses Stücks davon ein Beyspiel ist.

Wegen der Zeit, in der die Fortsetzungen erscheinen werden, kann ich nichts versprechen, da ich nur dann jede Untersuchung für geendigt halten werde, wenn sie mir selbst genug thut und Befriedigung gewährt.

---

Inhalt

# Inhalt des ersten Stücks.

I. Giebt es allgemeine Gewohnheiten im juristischen Sinne? ⸗ S. 3

II. Ist es durch die Reichsgesetze allgemein verboten, höhere Zinsen als fünf von Hundert zu nehmen? ⸗ S. 23

III. Giebt es ein allgemeines deutsches Privatrecht im juristischen Sinn? S. 53

I. Giebt

# Inhalt des ersten Stücks.

I. Giebt es allgemeine Gewohnheiten im juristischen Sinne? S. 3

II. Ist es durch die Reichsgesetze allgemein verboten, höhere Zinsen als fünf vom Hundert zu nehmen? S. 29

III. Giebt es ein allgemeines deutsches Privatrecht im juristischen Sinne? S. 53

I. Giebt

# Erste Abhandlung.

## Giebt es allgemeine Gewohnheiten im juristischen Sinn?

Die von so vielen einsichtsvollen Rechtsgelehrten schon so oft geführte Klage: es sey kein Theil des ganzen Gebiets der positiven Rechtsgelahrtheit so schlecht und so wenig befriedigend bearbeitet, als das heutige deutsche Privatrecht, bewährt sich in der That für den eindringenden Forscher bey jedem Schritt, den er in dieser Wissenschaft vorwärts thun will. Selbst schon in dem, was über die allgemeinen vorläufigen Bestimmungen der Wissenschaft im ganzen, auch von den neusten und besten Bearbeitern, vorgebracht worden, muß ihm des unbefriedigenden und unzusammenhängenden nur zu viel auffallen. Kaum ist der allgemeinste Umriß des Begriffs zur Andeu-

tung der wahren Idee, die man sich von dieser Wissenschaft zu machen hat, hinreichend vorgezeichnet; Umfang, Grenzen, und Vollständigkeit der Bestandtheile sowohl als genaue Sonderung derselben von den damit verwandten, aber in andere Wissenschaften gehörigen, Lehren, ohne deren bestimmteste Kenntniß der Begriff leer bleibt, wenigstens nie zur Deutlichkeit sich erheben kann, sind nach so vielfältigen Bemühungen zwar hie und da etwas kenntlicher gemacht, aber immer noch so mangelhaft, daß bey der Anwendung dieser vorläufigen Bestimmungen auf die Behandlung der Wissenschaft selbst sich fast unaufhörlich das Unzureichende derselben offenbart. Die Unbestimmtheit der Entwickelungsmethode, in Ansehung deren der Streit, den selbst die neuesten Versuche darüber schwerlich zu Ende bringen dürften, bekannt genug geworden ist, will ich jetzt nicht einmal berühren. Allein selbst die Angabe der Quellen des deutschen Privatrechts muß jeden unbefangnen Prüfer befremden. Ich will für diesmal nicht davon sprechen, daß man unter den Quellen des heutigen deutschen Privatrechts auch die Rechtsbücher, oder selbst andre bloß historische Documente, der alten und mittlern Zeit anführt.

Von diesen, wie von manchen andern, zum Theil vorher angedeuteten, Gegenständen ein andermal. In dieser Abhandlung wollen wir unsre Aufmerksamkeit nur auf die Behauptung richten, vermöge deren als Quellen des deutschen Privatrechts auch allgemeine Gewohnheiten angegeben werden. Da diese Behauptung noch in den beiden neuesten, auf Akademien eingeführten, Lehrbüchern des deutschen Privatrechts vorkommt *), (vieler andern ältern und neuern Schriften, die sie enthalten, nicht zu gedenken,) so dürfte es doch wohl der Mühe werth seyn, ihre Wahrheit zu untersuchen.

Es kann aber diese Untersuchung auf einem doppelten Wege angestellt werden. Man kann nemlich einmal nach den einzelnen Sätzen fragen, die aus allgemeiner Gewohnheit, als



*) In des Herrn geheimen Raths von *Selchow* elementa juris germ. priv. hodierni heißt es §. 6. cum *multa* capita, *moribus* per *omnem* Germaniam constituta, aequaliter obtineant; und in Herrn Hofraths Runde Grundsätzen des allgemeinen deutschen Privatrechts werden §. 40. zu Quellen gerechnet: „ursprünglich deutsche Gewohnheitsrechte, welche durch gan Deutschland befolgt werden," und §. 80. wird zum Beweis dessen, daß es ein gemeines deutsches Recht giebt, angeführt, daß es ja allgemeine Reichsgewohnheitsrechte gebe.

aus ihrer Quelle fliessen. Sollte sich alsdann etwa ergeben, daß solche Sätze gar nicht zu finden wären; so würde diese Rechtsquelle, weil sie durchaus nicht ergiebig wäre, auch als eine solche gar nicht aufzuführen seyn. Aber dies Resultat allein würde noch immer die Untersuchung nicht gänzlich zu beendigen scheinen, indem man theils bey einer solchen Induction nicht völlig sicher wäre, ob man nicht noch eine oder die andere allgemeine Gewohnheit bey derselben übersehen hätte, und also noch auffinden könnte; theils aber auch, wenn auch dies nicht wäre, doch die Möglichkeit solcher allgemeinen Gewohnheiten noch unentschieden gelassen werden würde. Man dürfte es zwar als eine historische Beobachtung aufführen, aber nicht als einen wissenschaftlichen Lehrsatz festsetzen können. Um also diese Untersuchung ganz ins reine zu bringen, so muß wohl zuerst die Frage untersucht werden: kann es überhaupt allgemeine Gewohnheiten als Rechtsquellen geben? Nach Entwickelung dieser Präliminarfrage, die aber freylich, wenn die Antwort darauf verneinend ausfallen sollte, zugleich die Hauptsache entscheiden würde, muß auf jeden Fall die andre Untersuchung: ob und in wiefern dieser oder jener einzelne Rechtssatz

als Ausfluß einer allgemeinen Gewohnheit anzusehen sey? desto leichter werden, weil für diese letztere alsdenn die allgemeinen Begriffe, welche dabey zum Grunde liegen, die nöthige Aufklärung und Bestimmtheit für sich schon erhalten hätten.

Ist es also möglich, daß eine allgemeine Gewohnheit als eine Rechtsquelle angesehen werde?*) — Es kommt bey dieser Frage ganz vorzüglich auf genaue Bestimmung der Begriffe: Rechtsquelle und allgemeine Gewohnheit an. Würde diese Bestimmung versäumt; so könnte auch dieser wissenschaftliche Streit, der doch eigentlich Begriffe und Grundsätze angehen soll, wie so mancher andre, nur gar zu leicht in einen bloßen Wortstreit ausarten.

Eine Rechtsquelle nun kann doch wohl nichts anders heißen als etwas, das den Grund



*) Mit wahrer Freude sehe ich so eben, daß Herr Hofrath Schnaubert in der neuen Auflage seiner Erläuterung des Lehnrechts S. 15. auch die allgemeinen Gewohnheiten geleugnet hat, welches mir bey der folgenden Entwicklung desto mehr Muth giebt.

enthält, warum irgend ein Satz ein Rechtssatz ist, das heißt, warum er eine Vorschrift für die Handlungen der Unterthanen, oder doch für die Entscheidung des Richters ausmacht. Mich dünkt, daß diese Bestimmung wohl keiner weitern Erläuterung bedarf, da man, wenn man sich anders selbst versteht, nicht leicht etwas von diesem verschiedenes dabey denken dürfte. So enthalten allgemeine und besondere geschriebene Gesetze, und so auch Gewohnheiten, den Grund von der Gültigkeit der durch sie festgesetzten Rechtssätze.

Bey der Bestimmung des andern Begriffs aber kommt es auf eine genauere Entwicklung an; nicht wegen des Ausdrucks Gewohnheit, der hier in dem unter den Rechtsgelehrten bekannten Sinne vorauszusetzen ist, und wie mir scheint, zum Behuf der folgenden Untersuchung keiner neuen Beleuchtung bedarf; sondern wegen des Ausdrucks: allgemein, der, mit Gewohnheit verbunden, eines doppelten Sinns fähig ist. Wird bey diesem nicht genau geschieden, was hier allein verstanden werden kann; so ist die Untersuchung für immer verwirrt.

Allgemeine Gewohnheiten können nun zuförderst solche Gewohnheiten heißen, die in allen einzelnen Provinzen Deutschlands gelten, und nach welchen also die darauf sich gründenden Rechtssätze als solche angesehn werden müssen, welche in das Recht jeder einzelnen Provinz von Deutschland gehören. Freylich wären solche Gewohnheiten allerdings wohl allgemeine Gewohnheiten zu nennen; allein nur nicht in dem Sinn, den die Jurisprudenz mit dem Worte allgemein bloß und allein verknüpfen muß. Sie sind nach der Beobachtung, historischerweise, freylich als allgemein anzusehen; dennoch sind sie für die Jurisprudenz in der That nur besondere Gewohnheiten, von denen die Rechtswissenschaft nicht gebietet, daß sie in jeder Provinz gelten sollen, sondern von denen nur die Beobachtung erzählt, daß sie wirklich, Thatsachen nach, in jeder Provinz gelten.

Die Jurisprudenz verbindet nemlich mit dem Worte: allgemein nicht einen Begriff, der sich auf Zufälligkeiten, sondern einen solchen, der sich auf das Wesen der Sache selbst bezieht. Ihr heißt nur das allgemein, was allgemein seyn soll, wobey das Kriterium der

Allgemeingültigkeit mit zu der Lehre gehört, die sie vorträgt; das, von dem sie lehrt, daß es nicht als Gebot für eine einzelne Provinz, oder auch für mehrere Provinzen, sondern als Gebot für ganz Deutschland gelte, wenigstens in jedem Falle gelte, wo das besondere Recht einer Provinz oder eines Orts nicht dagegen wäre.

Solche Gewohnheiten im letztern Sinne sind nun mehrmahls behauptet worden, und man hat auch mancherley Beweise derselben versucht. Allein freylich dürfte es wohl jetzt überflüßig seyn, sich weitläuftig über Senkenbergs bekannte Hypothese *) auszubreiten, daß das gemeines deutsches Recht sey, worinn die Gesetze der vier deutschen Völker, in welche Deutschland sonst getheilt gewesen sey, (das hieß seiner Meynung nach: der Sachsenspieael, das Schwäbische Land- und Lehnrecht, das Kaiserrecht, welches er für das Fränkische hielt, und die Bayrischen Gesetze) übereinstimmten. Man darf es nach so vielen trefflichen Untersuchungen wohl als überall anerkannt voraussetzen, daß die drey ersten von jenen Gesetzen durchaus nicht geschriebene Rechte, sondern

*) S. Vorrede zum Corpus juris feud. §. 3.

dern bloß Privatsammlungen von Gewohnheiten seyn, deren eigentlichen Sitz man gar nicht gewiß wisse, und die auch alsdenn, der bekannten Rechtsregel nach, nicht über die Grenzen des Gerichts, wo sie angenommen wären, auszudehnen seyn *). Eben so wenig dürfte das einer Widerlegung bedürfen, was Herr Professor Fischer, wenn man ihn anders recht versteht, **) andeutet, daß die allgemeinen deutschen Gewohnheiten aus dem kanonischen Recht zu beweisen wären, weil die Päbste bey ihren Rescripten nach der Gewohnheit des Orts, wohin sie jene richteten, entschieden, ohne dabey im geringsten auf allgemeine oder anderswo, wenn auch an noch so vielen Orten geltende Gewohnheiten zu sehen. Was in Uebereinstimmung mit dem kanonischen Recht allgemein gültig ist, das hat gewiß den Grund seiner Gültigkeit im kanonischen Recht selbst.

Ueberdem sind ja auch jetzt wohl die Rechtslehrer darüber meistens einig, daß Gewohnheiten

a) Consuetudinis vis et efficacia non extenditur ultra limites judicii, in quo recepta est.

**) Fischer Literatur des germ. Rechts S. 267.

heiten aller Art, wenn sie in Zweifel gezogen würden, allein nach den auf dem römischen Recht beruhenden und in neuern Zeiten noch genauer ausgebildeten Erfodernissen *) bewiesen werden müssen. Es frägt sich also nun: ist ein Beweis einer allgemeinen Gewohnheit nach den ebengedachten Erfodernissen zu führen möglich? Ist er es nicht, so kann es auch keine allgemeine Gewohnheit geben, indem sie ohne diesen Beweis keinen wahren Grund haben würde, und bloß durch diese Erfordernisse zum Rang einer Gewohnheit erhoben werden kann. Nun ist aber dieser ganze Beweis nur in Rücksicht auf bestimmte Handlungen zu führen, von denen dann Mehrheit, Gleichförmigkeit, Vernunftmäßigkeit, Oeffentlichkeit u. s. w. bewiesen werden muß. Solche Handlungen aber schließen, ihrer Natur nach, den Charakter der Allgemeinheit aus, indem sie durchaus an bestimmten einzelnen Orten vorgenommen seyn müssen. Ja es ist sogar, nach der Natur dieses Beweises und nach der oben schon angeführten Rechtsregel, unerläßlich erfoderlich, daß von einer Gewohnheit, auf die

*) Der Kürze halber berufe ich mich hier nur auf des Herrn geheimen Hofrath Glücks Erläuterung; der Pandekten Th. 1. S. 442. dergl.

die man sich in einem bestimmten Ort beruft, die Gültigkeit auch für den bestimmten Ort bewiesen werde, oder noch deutlicher, daß man darthue, es wären Handlungen, welche die in Frage stehende Gewohnheit als gesetzlich voraussetzten, unter den gehörigen Erfodernissen eben an diesem Orte vorgenommen. Wird gerade dies nicht bewiesen; so kann der andre Beweis, daß diese Gewohnheit an noch so vielen andern Orten gelte, für den Ort, für welchen man diesen Beweis nicht führen kann, durchaus nichts einführen oder begründen. Käme endlich durch Vergleichung mehrerer, ja wenn das möglich wäre, aller Provinzialrechte die Erfahrung heraus, daß dieselbe Gewohnheit an allen Orten gelte; so würden wir freylich eine allgemeine Gewohnheit haben, allein, wie schon oben gedacht, immer nur im historischen, nie aber im juristischen Sinne. Denn sie würde an jedem Orte, wo sie gälte, doch nicht deshalb gelten, weil sie an allen gälte, und auch unter diesen für jeden einzelnen bewiesen werden könnte; sondern weil sie gerade für diesen bestimmten Ort anerkannt ist, oder im Fall des Zweifels bewiesen werden kann. Noch vielweniger aber läßt sich ein Beweis denken, wodurch für eine besondre Provinz

dargethan würde, daß irgend eine Gewohnheit als gemeines, von dem Provinzialrechte noch zu unterscheidendes, Recht anzusehen sey, indem der Beweis auf nichts weiter als auf die bloße wirkliche Gültigkeit gehen kann. Es ist nach allem diesem auch gänzlich unmöglich, daß allgemeine Gewohnheiten unter dem ungeschriebenen Recht eben denselben Rang behaupteten und eben das Verhältniß zu den besondern hätten, welches das gemeine Recht zu den Particularrechten hat. Vielmehr muß dieser ganze Begriff, als ein rechtlicher, durchaus aufgegeben werden. Nun behaupten freylich manche Rechtsgelehrte noch, daß der Beweis einer Gewohnheit auch bloß durch Zeugnisse von Rechtsgelehrten zu führen sey *). Allein ohne mich hier in die Schwierigkeiten, auf welche man bey dieser Meynung überhaupt stoßen muß, einzulassen; so leuchtet so viel wohl durch sich selbst ein, daß Zeugnisse von Rechtsgelehrten, wodurch gültig und glaubwürdig bezeugt werden könnte, daß irgend eine Gewohnheit in allen Provinzen Deutschlands, oder gar in ganz Deutschland als gemeines Recht gelte, sich nicht

*) J. B. Strube Nebenstunden Theil V. S. 77. flgg.

nicht wohl denken lassen. Und selbst Strube hat auch, wie aus den von ihm bey jener Behauptung angeführten Beyspielen und Stellen aus andern Schriftstellern deutlich genug erhellet, bloß besondere Localgewohnheiten bey seiner Behauptung im Sinne gehabt, die von Rechtsgelehrten der Gegend, über deren Recht die Frage wäre, bezeugt und zugleich durch einzelne Fälle, deren Vorhandenseyn aus ungezweifelten Zeugnissen sich documentirte, bewiesen würden.

Geht man nun von dieser allgemeinen Untersuchung zu der besondern in Ansehung der wirklich als geltend angesehenen einzelnen Gewohnheiten fort, so erstaunt man, daß nach reiflicher Erwägung aller Umstände sich höchstens nur zwey allgemeine Gewohnheiten aufstellen lassen, von welchen man auch nur behaupten kann, sie würden in jeder Provinz Deutschlands als geltend anerkannt. Freylich dürften sie jetzt wohl in den meisten Provinzen sich schon durch geschriebene Gesetze beweisen lassen; aber man kann nach allen bisher darüber bekannt gewordenen Thatsachen denn doch behaupten, daß in keiner Provinz ihre Gültigkeit bestritten würde, wenn auch keine geschriebenen Gesetze

für

für dieselben gerade in dieser Provinz angeführt werden könnten. Diese beiden Gewohnheiten sind bekanntlich: die Aufhebung der väterlichen Gewalt durch abgesonderten Haushalt der Kinder und die Begründung einer Klage durch einen bloßen Vertrag ohne weitere Formalitäten.

Mehrere *) führen zwar diese beiden Gewohnheiten nur als Beyspiele von mehrern an; allein es lassen sich in der That nicht mehrere auffinden. Denn was auch selbst von wirklich nachdenkenden Vertheidigern des deutschen Rechts sonst weiter noch als eine allgemeine Gewohnheit angeführt wird, hält die genauere Prüfung nie aus. So behaupten freylich einige, z. B. Selchow **), Strube ***) u. a. mehr, es müsse das Näherrecht der Anverwandten rechtlich vermuthet werden; was heißt das anders, als: es müsse als gemeines Recht angesehen werden, wenn nicht einzelne Landesgesetze dagegen wären; und es gründe sich daßelbe, da kein geschriebenes Recht es begründet, auf eine allgemeine Gewohnheit? Allein selbst Stru-

*) Z. B. *Riccius* in spicilegio jur. Germ. S. 17.

**) *Selchow* elem. jur. Germ. §. 470.

***) Strube Nebenst. Th. V. S. 59. flgg.

Strube *) zum Beweis bloß eine Induction der Länder auf, wo es gilt; und spricht in der Folge **) von dem Beweis einer Observanz, wobey er gerade das Beyspiel eines Beweises für das in bestimmten Provinzen bezweifelte Näherrecht der Verwandten giebt, welchen er nicht durch die allgemeine rechtliche Vermuthung, sondern durch Aufführung von Fällen führt, die in den bestimmten Provinzen, wo es bezweifelt wird, vorgefallen sind. Uebrigens kann das Näherrecht der Verwandten schon deshalb hier kein Beyspiel abgeben, weil bey aller Ausbreitung desselben dennoch seine Grenzen sowohl als die Art der Ausübung in den verschiedenen Provinzen auch fast eben so verschieden sind.

Daß auch die allgemeine Gültigkeit der unbeschwornen Erbverträge kein Beyspiel einer allgemeinen Gewohnheit abgeben könne darf ich wohl nicht weitläuftig deduciren, da es bekanntlich mehrere Gerichte giebt, welche sich strenge nach dem kanonischen Recht richren,

*) Nebenst. Th. V. S. 61. flgg.

**) Nebenst. Th. V. S. 78. flgg.

ten, und ohne Particulargesetze oder Particularobservanz die renunciativen Erbverträge nicht anders gelten lassen, als wenn sie beschworen sind.

Es blieben demnach die beiden schon obengedachten Gewohnheiten allein übrig, die aber doch nur insofern als allgemein anzusehen wären, daß sie in allen Provinzen gälten, und also nur der Erfahrung nach diesen Namen verdienen. Aber selbst in Ansehung dieser ließe sich noch manches bemerken, das ich aber zusammen für eine andere Betrachtung aufsparen will. So ist es z. B. doch nicht ganz zu übersehen, daß die Aufhebung der elterlichen Gewalt durch Absonderung von der Haushaltung der Eltern wenigstens nicht in allen Provinzen eben dieselben Erfordernisse hat, und also eigentlich höchstens nur der Satz ohne weitere Bestimmung, als in allen Provinzen angenommen, angesehen werden kann, daß die Errichtung eines eignen Haushalts die Kinder von der elterlichen Gewalt befreye.

Ueber die Entstehung der zweyten Gewohnheit wäre auch noch manches zu erinnern.

Man

Man behauptet gewöhnlich: es sey eine gegen die Grundsätze der fremden Rechte beybehaltne altdeutsche Gewohnheit, daß ein jeder Vertrag ohne alle weitere Bestimmungen in der Regel alle Folgen habe, welche die Römer ehemals nur den Contracten oder gewissen besonders bestimmten Verträgen gaben. Es giebt sogar Rechtsgelehrte, die sehr in Eifer gerathen, wenn man den Grund dieses heutzutage angenommenen Rechtssatzes nicht bloß in der Gewohnheit findet, sondern etwa auf fremde Rechte sich dabey beruft *). Und sobald man die wirklichen Veränderungen des römischen und kanonischen Rechts genau untersucht, auf welche man sich dabey beruft; so kann es freylich keinem Zweifel unterworfen seyn, daß sie zur Begründung des gedachten Rechtssatzes eigentlich nicht zu brauchen seyn **). Allein dennoch ist es mir sehr wahrscheinlich, daß eben die für die andre Meynung angeführten



*) So sagt *Riccius* (spicil. jur. germ. S. 50.) Hinc *deliratio* jurisperitorum, qui *validitatem pactorum* moribus Germanorum tribuendam ex *jure canonico* repetunt.

**) Man sehe davon unter andern *Cocceji* jus civile controvers. L. II. tit. 14. qu. 10., besonders aber Herrn Professor Emminghaus Noten zu der neuen Ausgabe desselben.

Texte des römischen und kanonischen Rechts *) zur Zeit der Einführung der fremden Rechte in Deutschland dennoch sehr viel beygetragen haben, um die Rechtsgelehrten der damaligen Zeiten zu bestimmen, daß sie sich der Erhaltung jener Gewohnheit nicht so eifrig, als manchem andern deutschen Rechtsinstitute widersetzten, indem sie diesen Grundsatz für eine in den geschriebenen Gesetzbüchern begründete Lehre ansahen. Doch diese Untersuchung würde in eine juristische Dogmengeschichte gehören, welche viel zu sehr vernachläßigt wird, und deren Anbau sowohl für die Theorie als für die Geschichte der Rechte, ja selbst für die Geschichte der Menschheit in Europa überhaupt, vom größten Vortheil wäre, zu welchem aber freylich um so weniger viel Hoffnung seyn dürfte, da die Quellen, aus welchen hier hauptsächlich zu schöpfen seyn würde, die Glossatoren und andre Juristen des Mittelalters, gewiß nicht durch sich selbst anziehen. Indessen gilt unangesehen dieser Erinnerungen auch von diesen beiden Gewohnheiten, was von den Gewohnheiten im allgemeinen oben gesagt ist.

*) §. 1. I. de verbor. obligat. L. 10. C. de contrahend. stipulat. c. 13. X. de pactis etc.

---

# Zweyte Abhandlung.

## Ist es

## durch die Reichsgesetze allgemein verboten,

## höhere Zinsen

## als fünf von Hundert

## zu nehmen?

Es war und ist noch eine ziemlich allgemeine Behauptung der Rechtsgelehrten, die auch in den beiden neuesten Lehrbüchern des deutschen Privatrechts *) wiederhohlt wird, daß „durch „die Reichsgesetze alle Zinsen über fünf von „Hundert für wucherlich und unkräftig er„klärt worden, weshalb darauf vom Richter „nicht erkannt werden, sondern Strafe er„folgen solle.„ Beide berufen sich dabey auf die bey Gelegenheit des Processes, der zwischen dem Freyherrn von Knigge und dem Herzoge und den Landständen zu Sachsen-Eisenach in den Jahren 1732. flgg. vor dem Reichshof-

 rath

*) *Selchow* elementa jur. germ. §. 472. Runde Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 204.

rath geführt ward, gewechselten Schriften*), als auf weitere Ausführungen ihrer Meynung. Nun ist es aber höchst wahrscheinlich, daß man diese weitere Ausführung in den Schriften, die Hr. v. Meiern geschrieben, nicht aber in der einzigen Schrift des Gegentheils, finden will; da theils jener das letzte Wort behalten hat, theils auch die Schriften des Hrn. von Meiern ohne alle Frage die bessern und gründlichern sind. Und in diesem Falle ist es denn höchst befremdend, wie man jenen Satz behaupten, und sich dabey auf v. Meierns Schriften berufen kann, als welcher gerade das Gegentheil sagt. Es dürfte daher, weil die Darstellung, die Hr. von Meiern gegeben hat, mit ihren Gründen nicht bekannt genug zu seyn scheint, eine neue Untersuchung dieser Materie, nicht als überflüßig angesehen werden können, wenn sie auch gar nichts als Wiederhohlung des schon in der Meiernischen Schrift

*) J. G. von Meiern Gedanken von der Rechtmässigkeit des sechsten Zinsthalers. Hannover 1732. Refutation derer Meierischen Gedanken. Frfrt. und Leipz. 1734, (v. Meiern) Antwort auf die sogenannte Refutation der Meierischen Gedanken ꝛc. Hannover 1734. Anhang zur Antwort auf die sogenannte Refutation ꝛc. 1735. 4.

Schrift gesagten enthielte, (versteht sich immer mit Hinweglassung alles dessen, was diese Frage eigentlich nicht angeht).

Die Sache selbst erhält auch durch die Rüksicht auf die Provincialgesetzgebung noch eine besondre Wichtigkeit. Es ist in mehrern Ländern und Städten erlaubt, sechs von Hundert an Zinsen zu nehmen *); allein wie könnte das statt haben, wenn die Reichsgesetze wirklich im allgemeinen verböten, die Grenze des fünften Zinsthalers zu überschreiten? Es dürfte denn doch immer, was man auch für Grundsätze über das Befugniß der Provincialgesetzgebung, an den Reichsgesetzen zu ändern, annehmen mag, wenigstens von mehrern bezweifelt werden können, ob ein solches höhere Zinsen untersagendes Reichsgesetz, das also doch gewiß ein verbietendes Gesetz (lex prohibitiua) seyn muß, gültigerweise durch Landesgesetze aufgehoben werden könne? Dies leztere wird wenigstens auch von denen, die fünf

 von

*) S. unter andern die von Selchow §. 472. n. 6. und von Runde §. 205. n. b. angeführten Stellen aus Provincialgesetzen. S. auch v. Meiern Gedanken 2c. Beyl. S. 25. 26. *Kobii* (des jetzigen Hrn. Canzler von Koppenfels) commentatio de pecunia mutuaticia tuto collocanda. S. 209. u. a.

von Hundert als allein gültig vertheidigen, nicht selten gänzlich geleugnet*).

Diese Untersuchung trift auch mit einigen neuerlich rege gewordenen Problemen der Politik so gut zusammen, daß sie selbst daraus einige Empfehlung für sich schöpfen kann. Es ist bekanntlich durch viele neuere Bemühungen die Wahrheit immer mehr anerkannt und ausgebreitet worden, daß es am besten sey, im allgemeinen dem Zinsfuß gar keine Gränze zu setzen. Nun kann es freylich keine bloße Folge politischer Untersuchungen seyn, daß die bisher bestehenden Gesetze dadurch allein, ohne alle Einwilligung des eigentlichen Gesetzgebers, ihre Gültigkeit verlieren sollten. Diese Meynung, die sich leider zuweilen einiger Köpfe unter den Rechtsgelehrten, freylich aber noch mehr unter Philosophen und Politikern, bemächtigt, kann keine andern, als verderbliche Folgen haben. Dennoch aber muß bis dahin, daß die bessern politischen Einsichten auch den Gesetzgeber zur Verbesserung der positiven Gesetzgebung bestimmen, es für den auslegenden und anwendenden Rechtsgelehrten Pflicht seyn, solchen Un-

*) S. unter andern Refutation der Meiernischen Gedanken S. 30. flgg.

Untersuchungen, welche die Jurisprudenz mit der Politik in größere Vereinigung setzen können, sich desto eifriger zu widmen, wenn gleich dieser Eifer nie soweit getrieben werden darf, daß man die der Jurisprudenz eignen Regeln der Auslegung und Anwendung hintansetzte, und ihnen, um ein gewisses gewünschtes Resultat zu finden, entgegen handelte. Dieses unlautere Verfahren blendet höchstens eine Zeitlang; die richtigere Meynung dringt aber zuletzt durch, und nun ist gerade dadurch der guten Sache mehr geschadet, als genutzet; die eigentliche gültige Verbesserung der Gesetzgebung ist durch das Verdecken der Mängel in derselben aufgehalten worden, ja vielleicht der beste Zeitpunkt, in dem eine gewisse Gährung benutzt werden konnte, für lange verloren gegangen. Sollte indessen bey einer solchen nach richtigen Grundsätzen angestellten Untersuchung das juristische Resultat mit dem politischen zusammentreffen; so muß das für den Rechtsgelehrten um desto erfreulicher seyn; und so würde denn in dem vorliegenden Falle es auch gewiß angenehm seyn, wenn es sich fände, daß es in der That gesetzlich nicht eine so enge Grenze für die Zinsennehmung gebe, indem die geltende positive Gesetzgebung sich auf diese

Art doch einigermaßen mehr den Grundsätzen nähern würde, die die Politik empfiehlt. Es ist daher das rathsamste, nun an den einzelnen Reichsgesetzen, die man für die obengedachte Meynung anführt, zu untersuchen, ob sie wirklich dieses so genau eingeschränkte Verbot enthalten, das man darinn finden will?

Die Stellen der Reichsgesetze, welche man als Beweis der angegebenen Einschränkung der Zinsen auf fünf von Hundert anführt *), sind folgende: Reformation guter Policey v. 1530. Art. 26. §. 8. Reformation guter Policey v. 1548. Art. 17. §. 8. Policeyordnung v. 1577. Art. 17. §. 9; Abschied des Deputationstags v. 1600. §. 139. **); und Reichsabschied v. 1654. §. 174.

Da bey den drey ersten angeführten Stellen die Worte meistens beybehalten sind, so daß hier, wie häufig in den Policeyordnungen, bey der spätern immer die ältere zum Grunde gelegt worden ist; so ist am besten, diese drey bey

*) S. *Selchow* elem. §. 472. n. 1. und Runde Grundsätze §. 204. n. a. und 205. n. a.

**) In *Selchow* elem. l. c. steht noch §. 152; aber das ist wohl ein Druckfehler.

bey der Untersuchung gleich zusammen zu stellen.

| P. O. von 1530. Artik. 26. §. 8. | P. O. v. 1548. Art. 17. §. 8. und P. O. v. 1577. Art. 17. §. 9. (welche beide völlig gleichlautend sind.) |
|---|---|
| Und nachdem die Wiederkaufsgülten allenthalben in Landen gemein seynd, so soll hinfürter von dem Hundert nicht mehr als fünf, wie gebräuchlich, gegeben und genommen werden. Und hinfürter die Verschreibung auf Widerkauf, wie Widerkaufsrecht, beschehen; was darüber gegeben, genommen, oder gehandelt, wöllen wir, daß selbig für wucherlich geacht und gehalten, und, wie obgemeldet, gestraft werde *). | Und nachdem die Widerkaufsgülten allenthalben in Landen gemein seynd; so sollen mit hundert Gülden Hauptgelds nicht mehr dann fünf Gülden, jährlicher Gülten, wie gebräuchlich, gekauft werden, und die Loßkündigung der Gültverschreibung auf Wiederkauf, wie Wiederkaufsrecht, bey dem Verkäufer und nicht bey dem Käuffer stehen, unangesehen, wie dieselbe Gültverschreibung gestellt ist, und was darüber gegeben, genommen oder gehandelt, wollen wir, daß dasselbig und alle andre unziemliche pacta |

*) Neue Sammlung der Reichsabschiede Th. 2. S. 342.

pacta oder Geding für wucherlich und unkräftig geacht gehalten und von dem Richter nicht darüber erkennt, oder geurtheilt, sondern, wie obgemeldt, gestraft werden soll *).

Es ist bey einer nur einigermaßen genauen Ansicht dieser Gesetzesstellen einleuchtend, daß zwar eine Einschränkung auf fünf von Hundert in denselben festgesetzt ist, daß diese aber keineswegs auf jedes Darlehn überhaupt geht, sondern daß bloß in Ansehung der wiederkäuflichen Gülten, (wenn diese anders ganz als eine Art des Darlehns angesehen werden dürfen), die jährlichen Gülten auf fünf von Hundert eingeschränkt worden, und also dabey keineswegs eine Ausdehnung dieses Verbots auf alle Contracte, von denen Zinsen genommen werden, zu finden sey. Durch die Vergleichung der vorhergehenden Paragraphen zeigt sich diese einschränkende Auslegung noch um so mehr, als die richtige. Es wird in denselben von der Verhütung der wucherlichen Con-

*) Ebend. Th. 2. S. 597. und Th. 3. S. 387.

Contracte überhaupt gesprochen, und daselbst *) mehrere Arten derselben nach einander angeführt, die in dem unsern Gesetzesstellen unmittelbar vorausgehenden Paragraphen dann verboten und mit einer Strafe belegt worden. Unter diesen wird sogar eine Art **) aufgeführt, nach welcher man durch Verschreibung einer höhern Summe, als man wirklich erhalten, scheinbarerweise keine hohen Zinsen bekomme, in der That aber doch höhere, als es der Verschreibung nach scheine, sich zahlen lasse. Bey diesem Falle wird dann selbst ein bestimmtes Beyspiel angeführt, bey welchem bemerkt wird, daß dabey mehr als fünf von Hundert wirklich gezahlt wurde. Nemlich wenn es schon, wie man stillschweigend voraussetzt, scheinen könnte, daß man nur fünf von Hundert nähme; so würden doch, da diese fünf von

1000

*) R. P. O. vom 1530. Art. 26. §. 1 — 6. von 1548. Art. 17. §. 1 — 6. und von 1577. Art. 17. §. 1. — 7, (in welcher letztern noch eine neue Art der wucherlichen Contracte in einem eignen Paragraphen aufgeführt wird)

**) R. P. O. v. 1530. Art. 26. §. 1. von 1548. und 1577. Art. 17. §. 1.

von 1000 Gulden gezahlt würden, anstatt daß sie nur von 800 gezahlt werden sollten, in der That 6 ¼ Procent gezahlt, und überdem bey der Zurückzahlung oder dem Wiederkauf noch 200 Gulden mehr als man empfangen hätte, gegeben werden müssen. Die Worte lauten wie folget:

„Nachdem Uns fürkommen, wie bis anhero im Heiligen Reich mannigfaltige wücherliche Contracte, die nicht allein unziemlich, sondern auch unchristlich wider Gott und Recht, geübt worden seyn, und täglich geübt werden, als, daß etliche eine Summe Gelds, als achthundert Gülden hinleihen sollen, und doch in Kaufbrief mehr als tausend Gülden setzen lassen, dadurch ihnen mehr dann fünf vom Hundert verzinset, und im Widerkauf mehr, dann ihr Hauptsumma gewesen, empfangen“.

Ob nun gleich die Absicht aller dieser drey Artikel der Reichspoliceyordnungen keine andere ist, als den wucherlichen Contracten zu steuern, wie gleich anfänglich erklärt wird; ob man gleich vermuthen sollte, daß dabey zu allererst auf eine allgemeine Gränzbestimmung

der

der Zinsen für alle Arten der Darlehne, und alle damit verwandten Contracte gedacht werden würde; obgleich selbst die in den ersten Paragraphen aller drey Artikel der Reichspolizeyordnungen schon einmal genannten Zinsen zu fünf von Hundert daran hätten erinnern, und darauf sogleich hätten führen sollen; so ist doch davon in dem ganzen Artikel gar nichts zu finden. Es wurden bloß die vorher angezeigten verschiedenen Arten von Verschleierungen höherer Zinsen verboten und mit Strafe belegt; und alsdann gleichsam in einem Nachtrage für die wiederkäuflichen Gülten der Zinsfuß zu fünf von Hundert als unüberschreitbar bestimmt.

Es darf diese genauere Einschränkung, die bloß bey den widerkäuflichen Gülten vorkommt und nicht zugleich auf jedes Darlehn ausgedehnt ist, auch gar nicht befremden, indem jene in Ansehung ihrer Dauer, Vervielfältigung und Priorität im Concurse Vorzüge genug vor dem bloßen Darlehn haben *), um in anderer Rücksicht mit aller Billigkeit größern Einschränkungen

*) v. Meiern Gedanken rc. Beyl. S. 23.

kungen unterworfen zu werden. Doch dies ist eine Betrachtung, die nur zur Geschichte der Gesetzgebung gehört, und in die juristischen Sätze keinen directen Einfluß hat, folglich hier nicht weiter ausgeführt werden darf.

Der Abschied des Deputationstags von 1600. §. 139. *) enthält folgende Verordnung:

„Soviel nun, diesem nach, den zum Eingang jetzigen Abschieds angeregten Puncten mutui anlangen thut, haben sich der Churfürsten, deputirter Fürsten und Ständte anwesende Räthe und Gesandten erinnert, was derentwegen bey gehaltenem Deputations-Tag zu Wormbs im Jahr achtzig sechs der wenigern Zahl fürgangen, unsere damahls anwesende Commissarien auch sich mit ihnen verglichen, daß nemlich in dem vorgefallenen Streit, ob nicht in contractibus mutui, damit die Partheyen in puncto liquidationis an unserm Kays. Cammer-Gericht des langweiligen Proceß enthaben seyn möchten, auch jetztgemeldt Cammergericht damit nicht überladen, ein gewisses loco

*) Sammlung der Reichsabsch. Th. III. S. 494.

loco interesse à tempore morae zu statuiren und zu setzen, vor billich geachtet worden, wenn der Schuldner in mora restituendi pecuniam mutuam ist, daß er seinem Gläubiger von derselben zeithero (der Vermuthung halben, daß der Creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten von Hundert fünff wol haben möge), das Interesse zu entrichten, und gut zu machen schuldig seyn, welches wir uns auch gnädigst also gefallen laßen; So ordnen und wollen wir nochmals, daß solch *interesse à tempore morae* erstattet, und derentwegen den Creditoren fünff Gülden von Hundert bezahlt werden, oder aber, da dem Creditori solch fünff Gülden nicht annemlich, sondern er vermeynen wollte, tam ex lucro cessante quam damno emergente ein mehrers zu fordern, daß ihme alsdenn sein ganz Interesse zu deduciren, gebürlich zu liquidiren und zu bescheinigen, und der Richterlichen Erkänntnuß darüber zu gewarten unbenommen seyn soll".

Daß in dieser Gesetzesstelle an die Bestimmung einer Grenze für vertragsmäßige

Zinsen gar nicht gedacht wird, braucht keines Beweises, da ganz offenbar nur, um der langweiligen Liquidation des interesse zu entgehen, „ein gewisses loco interesse a tempore morae „statuirt" werden soll, und dies gewisse auf „fünf Gülden von Hundert" bestimmt worden, — „der Vermuthung halber, daß der „Creditor sein Geld von solcher Zeit an anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten „vom Hundert fünf wol haben möge." Von den Zinsen aus Verabredung steht in dieser ganzen Verordnung also gar nicht die geringste Vorschrift.

Unter allen gewöhnlich angeführten Gesetzesstellen giebt auf den ersten Anblick noch der §. 174. des Reichsabschieds von 1654 der gegenseitigen Meynung den meisten Schein. Aber nur der Anfang desselben kann hier in Frage kommen. Er lautet folgendermaßen.

„Anreichend die künftige Zins und Interesse, sollen von nun an dieselbe, sie seyn aus wiederkäuflichen Zinsen, oder vorgestreckten Anlehen, herrührig und versprochen, jedoch nach Ausweisung der Reichsconstitutionen, und weiter nicht als fünf

pro

pro Cento alle und jede Jahren, in verglichenen Terminen unfehlbar bezahlet, und im Fall des Saumsals auf blosse Vorzeigung der Obligation per paratam executionem wider den Schuldiger verfahren werden," u. s. w. *)

Wenn man diese Worte so ganz außer der Verbindung mit dem, was vorhergehet und nachfolget, betrachtet; so scheinen sie freylich eine ganz allgemeine Regel für alle künftigen von wiederkäuflichen Zinsen oder bloßen Gelddarleyn zu entrichtenden Zinsen vom Jahr des Reichsabschiedes 1654 an zu enthalten. Allein sobald man die ganze Reihe von Paragraphen von §. 170 — 175 zusammenliest, deren Anfangsworte **) so lauten:

„Nachdem auch in dem Friedensschluß §. de indaganda etc. ***) versehen, daß bey gegenwärtigem Reichstag auf billige Wege und Mittel gedacht werden sollte, wie denjenigen Schuldnern, welche durch den Krieg



*) Sammlung der Reichsabsch. Th. III. S. 673.

**) Sammlung der Reichsabsch. Th. III. S. 671.

***) Instr. Pacis Osnabr. Art. VIII. §. 5.

oder auch durch allzugroße Aufschwellung der Zinsen und Interesse ins Verderben kommen, dergestalt geholfen würde, damit aus denen," u. s. w.;

So kann nicht der mindeste Zweifel übrig bleiben, daß durchaus ganz allein eine Anordnung für die während dem dreyßigjährigen Kriege verarmten Schuldner gemacht werden sollte. Das allein war es, weshalb nach Befehl des angeführten §. de indaganda das Gutachten der Reichsgerichte abgefodert werden sollten, welches nachher vor den nächsten Reichstag zu bringen, und wornach dann eine Reichsconstitution abzufassen war. Und diese Constitution ward dann in den sechs gedachten Paragraphen des neuesten Reichsabschieds so bestimmt: für die bis 1654 fälligen Zinsen von Capitalien, deren Schuldner durch den Krieg oder auch durch zu hohe Aufschwellung der Zinsen ins Verderben gekommen, sollen gewiße in dem §. 170 — 175 angegebne Milderungsmittel gelten, wodurch die zu sehr angewachsenen Zinsen theils überhaupt in der Summe gemindert, theils auch die Zahlungszeit noch aufgeschoben, und in Termine getheilt werden soll. Damit aber auf einmal Ordnung da sey, so sollen

sollen dafür die von eben diesem Jahr 1654 fälligen Zinsen derselben Kapitalien (denn es ist immer eine zusammenhängende Materie) ordentlich und jährlich gezahlt, ja, falls sie nicht gezahlt werden, sogar per paratam executionem beygetrieben werden, jedoch (um auch diese so regulirte Zahlung den Schuldnern nicht hart fallen zu lassen und überhaupt leichter zu machen) nur auf fünf pro Cent gesetzt werden. Daß von diesen allein, und nicht von allen in künftiger Zeit auszuleihenden Capitalien, diese Bestimmung gelten solle, erhellt ferner noch daraus, daß der übrige Theil des §. 174 und der 175ste Paragraph nun noch weitere Dispositionen enthält, die ganz unmöglich von irgend etwas anders als bloß von den gedachten Capitalien der im Kriege verarmten Schuldner gelten können. Und wenn es noch weiteres Zeugniß bedürfte, so zeugen noch unwidersprechlicher dafür die Acten des Reichstags von 1654, vorzüglich die Majora deputatorum imperii super §. de indaganda und das Reichsgutachten über die Zinsen *), in welchen der gedachte §. 174. fast schon wört-

 lich

*) Sie finden sich außer den Actis comitiorum de anno 1654 auch in v. Meierns Gedanken ꝛc. Beyl. S. 58 — 69.

lich enthalten ist, und in denen durchaus, wie in der ganzen Verhandlung, bloß und allein von der Abhelfung der damals verarmten Schuldner gehandelt wird, in welchen aber, wie in allen Acten darüber, auch nicht die allergeringste Spur zu finden ist, daß man eine allgemeine Norm für künftige Capitalien zu machen im Sinne gehabt habe.

In allen diesen angeführten Stellen ist also bey genauerer Prüfung gar keine Grenzbestimmung der Zinsen für Darlehne überhaupt zu finden; und doch sind dies die einzigen, worauf man sich mit einigem Grunde noch berufen kann; denn was der Verfasser der Refutation der Meierischen Gedanken ꝛc. etwa sonst noch anführt, ist kaum einer Widerlegung werth. Im Reichsabschied von 1500. §. 31. z. B. sind zwar Bestimmung über wucherliche Contracte, aber kein Wort von einer Grenzbestimmung der Zinsen auf fünf von Hundert. Von dem §. 1. des 26sten Artikels der Reformation der Polizey von 1530., der auch in der gedachten Schrift als Beweis angeführt worden, ist schon oben *) gezeigt worden,

*) S. davon S. 31.

den, daß die Erwähnung der fünf von Hundert, die daselbst geschicht, gar keine Disposition darüber seyn könne, sondern bloß die Erläuterung eines daselbst gegebenen Beyspiels von wucherlichen und also verbotnen Contracten abgiebt; der dort angeführte wucherliche Contract ist aber, wie sehr deutlich aus dem Zusammenhange erhellt, nicht darum wucherlich, weil mehr als fünf von Hundert genommen worden, sondern erstlich weil diese höheren Zinsen verschleiert worden, und zweytens weil die Rückzahlungssumme offenbar höchst drückend wäre. Endlich aber auch ist das dabey gar nicht zu übersehen, daß selbst in diesem Paragraphen allein von wiederkäuflichen Zinsen die Rede ist, wie die Worte: Kaufbrief und Wiederkauf deutlich genug zeigen.

Außer diesen Stellen führt der Verfasser der mehrmals gedachten Refutation noch die Reichspolizeyordnung von 1577. tit. 19. §. 3. an, und zwar auf eine solche Art *), daß, dieser Anführung nach zu urtheilen, es das



*) Refutation etc. S. 14.

deutlichste Gesetz seyn müßte, das man finden könnte. Es fängt seiner Anführung nach mit den Worten an; „daß von zwanzig Gülden Haupt„summa nicht mehr als ein Gülden Münz ge„reicht oder bezahlt“ werden soll. Allein ein Beyspiel einer größern und dreisteren Schriftstellerischen Hinterlist in Anführung von Stellen, als die hier begangne, läßt sich wohl kaum denken; denn sobald die wenigen unmittelbar vorhergehenden Worte nur mit gelesen oder angeführt werden, fällt das ganze Argument augenblicklich über den Haufen, indem ein ganz particulärer Fall, und zwar nur eine Art von wiederkäuflichen Gülten, darinn bestimmt wird. „Aber da Korn- oder Wein-Gült „kauft werden,“ heißt es, „daß von zwanzig „Gülden Hauptsumma nicht mehr als ein Gül„den Münz geraittet oder bezahlt“ wird*), wie denn in dem ganzen neunzehnten Titel der Polizeyordnung v. 1577. bloß „von Verkau„fung der Frucht im Feld, auch Korn- und „Weingülten“ gehandelt wird.

Diesem allen bisher ausgeführten nach giebt es also kein Reichsgesetz, das eine allgemeine Ein-

*) S. Sammlung der R. A. Th. III. S. 389.

Einschränkung der Zinsen beym Darlehn enthielte; und es kann hier ganz und gar keine erweiternde Auslegung statt finden, ohne daß den Principien Abbruch geschähe, auf denen ein großer Theil unserer positiven Rechtsgelahrheit beruht, und mit deren Aufhebung dieser Theil beynahe zusammenstürzen würde; denn so gewiß auch diese Principien, meiner Ueberzeugung nach, zuweilen dem wahren Sinne des Gesetzgebers Gewalt anthun; so würde doch ein ungleich beträchtlicherer Schade daraus entstehen, wenn man ihnen die Allgemeinheit nehmen wollte, da es immer ein sehr großer Vortheil und fast eine unerlaßliche Bedingung für die Jurisprudenz ist, daß sie auf unwandelbaren Grundsätzen beruhe, oder doch daß diese nach unzweydeutigen Regeln aufgestellt werden können, obgleich sich unsere Rechtswissenschaft bis jetzt dieses Vortheils noch nicht durchaus zu erfreuen hat. Die Regeln aber, von deren Anwendung hier die Rede ist, sind kürzlich folgende: Ein jedes spätere Gesetz ist bloß als eine Verbesserung des ältern anzusehen; und jedes verbessernde Gesetz ist nur einer eingeschränkten Auslegung fähig *). Daß aber vor allen

*) Ius novius correctorium antiquioris est, und jus correctorium stricte interpretandum.

allen angeführten Reichsgesetzen schon das römische und kanonische Recht (noch kann ich es unentschieden lassen, welches nun eigentlich gelten müsse) in Deutschland eingeführt war, und als Gesetz galt, folglich selbst für Deutschland älteres Recht war, darf nicht erst bewiesen werden; und so sind denn die gedachten Reichsgesetze jüngeres Recht, als die fremden Rechte, und müssen, ohne alle Ausdehnung des Sinnes, das heißt, nur nach den ausdrücklichen Textesworten, verstanden werden. Ohnehin giebt es auch noch andere, zum Theil aus jenen allgemeinen hergeleitete, Rechtsregeln, die auf den Fall eigentlich gehen, da man das Gesetz weiter ausdehnen wollte, weil der Gesetzgeber eine ausgebreitere Absicht gehabt und stillschweigend eine allgemeinere Verordnung in Sinne gehabt habe. Denn man nimmt mit Recht, jener eingeschränkten Auslegung halber, an, daß, da ohnehin Verbesserungen schon geltender Gesetze nur für die Gesetzgeber selbst gehören, durchaus keine Verbesserung, die die Gesetzgeber nicht ausdrücklich gemacht, gelten könne, und daß also durch eine stillschweigende Willensbestimmung der Gesetzgeber, falls solche auch angenommen werden

könn=

könnte, dennoch keine Gesetzverbesserung eingeführt werden könne *).

Ueberdem läßt sich in diesem Fall, außer der bedachtsamen und mehrmals wiederholten eingeschränkten Benennung der Fälle, wo nur fünf von Hundert genommen werden sollte, noch aus andern Umständen sehr wahrscheinlich machen: Kaiser und Reich habe wirklich nicht für alle Arten der Darlehne eine solche Einschränkung festsetzen wollen. Wenigstens heißt es in dem Reichsabschied von 1594. §. 51. **):

Der Abschied des „in Anno etc. achtzig „sechs in Unserer und des Heil. Reichs„Stadt Worms gehaltenen Deputation-„Tags“ wäre „von deßwegen durch den öf„fentlichen truck ins Reich nicht publicirt, „daß demjenigen, so darinnen, von wegen „der Landsaßerey, jurisdictionis Camerae, „auch *ratione mutui* und *interesse* angeregt und

*) Man sagt z. B. Per tacitos intellectus non inducitur correctio juris. *Everhardi* loci argumentorum legales Loc. 79. n. 16. seqq. und loc. 82. n. 9. S. v. Meiern Antwort. ꝛc. S. 21. 24.

**) Sammlung der Reichsabsch. Th. III. S. 429.

„und bedacht, von etlichen Ständen con„tradicirt und in Zweifel gezogen worden rc.“.

Es scheint hieraus fast, man sey mit mehrern Bestimmungen über das Mutuum, vielleicht also auch in Ansehung der verabredeten Zinsen, umgegangen, in die aber nicht alle Stände hätten einwilligen wollen; so daß kein Schluß darüber zu Stande kommen können. Man hat sich aber nachher im Deputationsabschied von 1600, wie oben *) schon angeführt, bloß auf das interesse morae eingeschränkt. Sollte indessen auch auf dem Deputationstag von 1586 über nichts weiter als das interesse morae der Streit entstanden seyn; so würde doch das Hinwegfallen dieses Hülfsgrundes gar nichts an der vorigen Argumentation selbst ändern.

Uebrigens ist gedachter Deputationsabschied von 1600 §. 139. auch darum merkwürdig, weil darinn die Vermuthung vorkommt, daß der Creditor „zugelassener weise zum wenigsten „vom Hundert fünf“ hätte haben können. Wenn durchaus nicht mehr als fünf von Hundert

*) S. 34 — 36.

dert verabredete Zinsen erlaubt seyn sollten; wie käme wohl der Ausdruck: zum wenigsten, hier hinein, da ja alle übrigen Verabredungen höherer Zinsen nach der gegenseitigen Voraussetzung unkräftig seyn sollten?

Nach diesen Beweisen, daß die Reichsgesetze keine allgemeine Grenzbestimmung der Zinsen angäben, bleibt jetzt nur noch die Frage übrig: welches von den fremden Rechten hier nun eigentlich gemeines Recht mache, das römische oder das kanonische? Beide weichen in ihren Bestimmungen von einander ab. Das kanonische verbietet alle Zinsen von Darlehnen als unerlaubten und durch die Bibel verbotenen Wucher *), das römische erlaubt sie mit Grenzbestimmungen. Beide können also zusammen nicht angewendet werden, da sie sich geradezu widersprechen. Es wird folglich darauf ankommen, welches von beiden in Deutschland als angenommen angesehen werden müsse. Ohne mich hier in die wirklich sehr interessante Geschichte der Gesetzgebung über Zinsen im Mittelalter, und vorzüglich der kanonischen, einzulassen, zu welcher ich vielleicht

zu

*) Tot. tit. X. de usuris. tot. tit. de usuris in 6. Clem. un. de usuris.

zu einer andern Zeit einige Beyträge liefere, ist soviel aus allen Umständen völlig klar, daß man unmöglich behaupten könne, das kanonische Recht mache in unserm Vaterlande gemeines Recht in dieser Lehre. Zu hunderten lassen sich die Beyspiele von Zinsen häufen, die ununterbrochen im Mittelalter in Deutschland unter allen Ständen genommen sind, und welche also ein allgemein anerkanntes Verbot derselben gänzlich unmöglich machen. Das ausdrückliche Anerkennen der Erlaubtheit der Zinsennehmung in manchen Fällen durch die Reichsgesetze hebt ganz und gar allen Zweifel, der noch übrig seyn könnte. Und endlich bezeugen und bestätigen sogar die beiden bekannten Verordnungen der Päbste Martins V und Calixts III, welche den Rentenkauf bestätigen *), eben dadurch die fortdauernde Gewohnheit der Deutschen, auf diese Art Zinsen zu nehmen.

Da also Zinsennehmung als gesetzlich erlaubt anerkannt ist, die Reichsgesetze aber nichts allgemeines in Ansehung derselben bestimmen; so bleibt das römische Recht als einzige Richtschnur

*) C. 1. 2. Extrav. comm. de emtione et venditione.

schnur hier übrig, nach dessen neuester Verordnung über Zinsen *) personae illustres und höhere

*) *L. 26. §. 1. C. de usuris.* Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram, et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes. Ideoque jubemus, illustribus quidem personis, sive eas praecedentibus, minime licere ultra tertiam partem centesimae, usurarum nomine in quocunque contractu vili vel maximo stipulari. Illos vero, qui ergasteriis praesunt, vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae (usurarum nomine in quocunque contractu) suam stipulationem moderari. In trajectitiis autem contractibus, vel specierum foenori dationibus, usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere; licet veteribus legibus hoc erat concessum. Caeteros autem (omnes) homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum (nomine) posse stipulari: et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent. Nec liceat judici memoratam augere taxationem, occasione consuetudinis, in regione obtinentis. Si quis autem aliquid contra modum hujus fecerit constitutionis, nullam penitus de superfluo habeat actionem: sed etsi acceperit, in sortem hoc imputare compelletur. Interdicta licentia creditoribus ex pecuniis foenori dandis aliquid detrahere, vel retinere siliquarum nomine, vel sportularum, vel alterius cujuscunque causae gratia. Nam si quid hujus modi factum fuerit, principale debitum ab initio ea quantitate minuetur, ut tam ipsa minuenda pars, quam usurae ejus exigi pro-

here nicht mehr als vier Procent, Kaufleute u. d. gl. nur acht, alle übrigen Privatleute nur sechs Procent nehmen dürfen. Bloß bey großer Gefahr des Verlustes des Capitals, z. B. bey Geldern, die über das Meer gesandt werden, sind zwölf von Hundert erlaubt. Die genauere Untersuchung dieses Gesetzes und dessen, was davon abhängt, war aber meine Absicht hier nicht.

prohibeantur. Machinationem etiam creditorum, qui ex hac lege prohibiti majores usuras stipulari alios medios subjiciunt, quibus hoc non ita interdictum est, resecantes jubemus, si quid tale fuerit attentatum, ita usuras computari, ut necesse esset, tanquam si ipse, qui alium interposuit, fuisset stipulatus: in quo casu sacramenti etiam illationem locum habere sancimus.

Drit-

# Dritte Abhandlung.

## Giebt es
## ein allgemeines deutsches Privatrecht
## im juristischen Sinn?

Wird es mir wohl erlaubt seyn, diese Frage noch einmal aufzuwerfen? Sie ist schon seit mehrern Jahrzehenden zu wiederholten malen nach periodischen Zwischenräumen unter sehr bedeutenden Gelehrten verhandelt worden; aber noch immer scheinen die Untersuchungen darüber nicht im reinen zu seyn. Das zwar würde allein wenig beweisen, daß noch nicht eine bestimmte Meynung darüber allgemein angenommen ist; denn wer Menschen und Gelehrte, wer Geschichte der Menschheit und der Wissenschaften kennt; wird sich wohl nicht leicht einfallen lassen, über viele Punkte durchaus allgemeine Uebereinstimmung zu hoffen. Allein daß jede Meynung, die auch über jene Frage nur von irgend einer Parthey verfochten wird, in sich selbst so schwankend und un-

 be-

befriedigend erscheint; daß man an der Behandlung der Wissenschaft selbst, wie sie von den verschiedenen Partheyen vorgenommen wird, so wenig Folgen einer bestimmten Idee von der Wissenschaft überhaupt sieht; das dürfte doch etwas Stoff zu zweifeln geben, ob irgend eine von den vorhandenen Bestimmungen völlig befriedigen könne.

Noch immer sind jene beiden bekannten Partheyen, welche zwey berühmte Männer, die Herren Pütter und v. Selchow, an ihrer Spitze hatten, vorhanden. Noch kürzlich hat z. B. Herr Professor Tafinger *) nach Herrn Pütters Vorgange ein allgemeines analogisches deutsches Privatrecht behauptet und es nur näher zu bestimmen gesucht; und Herr Hofrath Runde hat **), wie Herr von Selchow, wenn

*) Von der Bestimmung des Begriffs der Analogie des deutschen Privatrechts und der Grundsätze, dasselbe zu bearbeiten. Ulm. 1787. 8.

**) S. dessen Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 10.: „Im geographischen Verhältnisse heißt gemeines deutsches Privatrecht (jus germanicum privatum universale) dasjenige, welches durch ganz Deutschland Anwendung leidet; wohin unläugbar die aus deutschen Reichsgesetzen und allge-

wenn gleich mit andern Bestimmungen, ganz ausdrücklich ein allgemein geltendes deutsches



gemeinen Reichsgewohnheiten herfließenden Privatrechte und noch weit mehr diejenigen Grundsätze gehören, welche ohne Gesetz und Gewohnheit aus der Natur der Sache selbst folgen. Das Ansehen der besondern deutschen Privatrechte hingegen (jura germanica privata particularia) ist nur auf gewisse Gegenden und Gemeinheiten beschränkt." — §. 79. 80. 81.: „Die erstaunliche Vorliebe unserer Rechtsgelehrten für das ausländische, insonderheit römische, Recht; und falsche Begriffe von der wahren Natur eines gemeinen Rechts, sind allein Ursach, daß man alle deutsche Rechte für particulaire und Specialrechte (§. 7.) zu erklären wagen durfte. Berichtiget man diesen Begriff vom gemeinen Rechte, und entsagt auf gut Deutsch jener Vorliebe: so läßt sich leicht begreifen, daß es nicht nur in eben der Maße ein gemeines deutsches Privatrecht giebt, in welcher das römische diesen Namen verdient; sondern daß in der Anwendung letzteres noch dem ersteren nachstehen müße. — Denn 1) wir haben allgemein verbindliche Reichsgesetze, welche vieles zum Privatrecht gehöriges enthalten, (§. 41.) 2) giebt es allgemeine Reichsgewohnheitsrechte; 3) haben Landrechte und Stadtrechte, zwar nicht im geographischen Sinne, aber doch in Ansehung der Gegenstände (§. 7.) in dem Lande und in der Stadt, für welche sie gemacht sind, die wahre Natur gemeiner Rechte (§. 47. und 53.) und 4) was in Ermangelung solcher positiven Rechte aus der Natur der Sache gefolgert und zur Anwendung gebracht wird, ist in aller Rücksicht gleichfalls gemeines deutsches Recht. — Da dieses die Existenz des gemei-

Privatrecht angenommen. Der Nennung, Anführung und Beurtheilung der frühern hieher gehörigen Schriften und der darinn aufgestellten Meynungen kann ich um so mehr überhoben seyn, da Herr Professor Tafinger in der oben genannten Schrift die Geschichte der gelehrten Verhandlungen über diese Frage bis auf die Zeit, da seine Schrift ans Licht trat, ausführlich und genau entwickelt hat. Also sogleich zur Untersuchung selbst.

Auch diese muß abermals nach der alten und bekannten Erinneruug gewiß gewinnen, wenn man die Bedeutungen, die unter den in der Frage vorkommenden Worten enthalten sind, genau entwickelt, die Begriffe bestimmt, und dadurch den Sinn der Frage selbst gehörig ins Licht setzt? Wer weiß, ob nicht gerade in der Unterlassung dieser Bemühungen eine der Haupt-

nen deutschen Privatrechts hinlänglich ausser Zweifel setzt" ꝛc. — In der Note zu dem ein und achtzigsten Paragraph bemerkt Herr Hofrath Runde noch, daß Herrn Professor Tafingers Theorie doch nur auf die Existenz eines sogenannten analogischen deutschen Privatrechts gehe, welches zwar wissenschaftlichen, aber keinen praktischen Gebrauch habe". Man sieht leicht, daß durch diese Entgegenstellung Herrn Runde's Meynung noch mehr ins Licht gesetzt wird, da er diesem zufolge seinem allgemeinen deutschen Privatrechte wirklich praktischen Gebrauch zuschreibt.

Hauptursachen zu finden ist, warum die Antworten auf jene Fragen kaum zur Hälfte befriedigend sind!

Es ist eine oft wiederhohlte Bemerkung, daß die Eintheilung in allgemeines und besonderes deutsches Privatrecht eine doppelte Bedeutung habe; indem sie sich einmal auf die Gegenstände, die jedes in sich faßt, beziehe, und das andremal im geographischen Verstande genommen werde. In jenem Sinne sind mit derselben die lateinischen Kunstwörter: *jus generale* und *jus speciale* gleichbedeutend; in diesem Sinne wird sie in der lateinischen Kunstsprache durch jus universale, und jus particulare ausgedrückt. Da die Erläuterung der erstern in jedem Lehrbuch des deutschen Rechts *), andrer Wissenschaften nicht zu gedenken, vorkömmt, und schwerlich irgend ein Rechtsgelehrter von Einsicht diese beiden Eintheilungen, ob sie gleich sich im Deutschen nicht durch verschiedene allgemein angenommene Ausdrücke bezeichnen lassen, in den Begriffen selbst verwechseln wird; so wäre es unnütz, sich hier dabey aufzuhalten. Sie kömmt auch bey der Frage, die uns hier beschäfti-



*) Man sehe z. B. Runde's Grundsätze des allgemeinen deutschen Privatrechts §. 7 — 10. Vergl. auch *Selchow* elementa juris germ. priv. §. 3 und 6.

schäftigen soll, eigentlich gar nicht in Betracht. Desto größere Aufmerksamkeit aber erfodert die andre Eintheilung in jus universale und particulare. Allein mich dünkt, auch bey dieser seyen noch zwey untergeordnete Bedeutungen zu unterscheiden, aus deren unerkannter und unmerklicher Vermischung vielleicht alles Schwankende und alles Mißverständniß, das sich in den hier zu berührenden Streit eingeschlichen hat, herschreibt. Nach Herrn von Selchow *) ist jus universale dasjenige, welches für alle und jede Provinzen Deutschlands verbindlich ist, und nach Herrn Runde **) ist allgemeines oder gemeines deutsches Recht dasjenige, welches durch ganz Deutschland Anwendung leidet. Diejenigen von meinen Lesern, welche die erste Abhandlung dieses Stücks meiner Beyträge über die Frage: giebt es allgemeine Gewohnheiten im juristischen Sinn? mit einiger Aufmerksamkeit gelesen haben, dürften vielleicht schon jetzt die Unbestimmtheit und Zweydeutigkeit des Ausdrucks: allgemein hier wieder finden, auf welche ich in jenem Aufsatze besonders aufmerksam ge-

*) Elem. §. 6.

**) Grundsätze §. 10.

gemacht habe. Dennoch ist es hier nicht genug, an jene Ausführung zurückzuerinnern, sondern ich muß sie noch weiter verfolgen, damit wir unsern Weg bey der ganzen folgenden Untersuchung desto mehr erleuchtet antreffen.

Schon oben also ist gesagt, daß der Ausdruck: allgemein, von Rechten gebraucht, einen doppelten Sinn haben könnte: einen historischen und einen juristischen Sinn. In jenem würde dann allgemeines Recht dasjenige heissen, was in allen Provinzen Deutschlands gilt. Man kan es dabey noch ganz unbestimmt lassen, ob es deshalb in allen diesen Provinzen gilt, weil es ein für ganz Deutschland eingeführtes Recht ist, oder deshalb, weil es in jeder einzelnen Provinz gesetzlich bestimmt ist, ohne daß der gesetzliche Grund, auf dem es in dieser einzelnen Provinz beruht, mit dem Grunde für andre oder gar alle Provinzen eins wäre oder zusammenhinge. Oder vielmehr, man muß eigentlich die historische Bedeutung, in sofern sie der juristischen entgegengesetzt wird, ganz allein auf den letztern Fall einschränken: und diesemnach besteht dann dies allgemeine Recht aus gar nichts weiter als aus der Uebereinstimmung

mung aller einzelnen Particularrechte, und es läge demselben, wie schon oben in der ersten Abhandlung gesagt worden, bloß die Beobachtung zum Grunde, daß der abzuhandelnde Rechtssatz in jeder einzelnen Provinz Deutschlands aus den Gründen, welche das Recht gerade dieser Provinz begründen, gälte.

Wenn man sich nun auch nur an diese Bestimmung hält; so erscheint schon das, was Herr von Selchow *) sagt, als wenig bedeutend zur völligen Entscheidung der eigentlichen Frage. Er gesteht gleich anfangs: man könne kaum sagen, daß es im grammatischen Sinne ein allgemeines deutsches Recht gäbe **). Obgleich er sich über diesen grammatischen Sinn nicht deutlich erklärt; so läßt es sich doch schliessen, daß unter demselben bloß der historische, nur in seiner größten Ausdehnung, gedacht werden solle und daß ihm ein allgemeines deutsches Recht in diesem Sinne ein solches seyn würde, das in allen einzelnen Theilen Deutschlands ohne Ausnahme gälte. Ein solches lasse

*) Elem. §. 6.

**) Quod quidem ad *universale* attinet, in sensu quidem grammatico illud vix datur.

lasse sich kaum behaupten; denn, so scheint er sich wohl die Sache vorzustellen, sollte es sich auch von einigen wenigen Rechtssätzen beweisen lassen, daß sie wirklich ohne Ausnahme in allen Provinzen gälten, (wobey es immer ununtersucht bleiben kann, auf welchem Grunde sie beruhen); so sind doch gewiß derselben immer so wenige, daß diese als ein allgemeines Recht in jenem genauesten, also eigentlich grammatischen, Sinne wohl nicht aufgeführt werden dürften. Dennoch gäbe es, wenn man von diesem strengsten Sinne ablassen wolle, in der That ein allgemeines Recht; 1) nemlich enthielten die allgemeinen Reichsgesetze viele Rechtsgrundsätze, welche alle Deutschen verbänden; 2) wären viele Rechtsgegenstände durch Gewohnheiten in ganz Deutschland gleichförmig bestimmt; 3) stimmten andere gesetzliche Verordnungen, die auf den Staatsverfassungen beruhten, in allen Provinzen Deutschlands überein; und 4) eben diese Uebereinstimmung fände sich auch unter den Particularrechten fast immer in den wichtigern Rechtsmaterien *). — Auf diese Gründe folgt dann eine

*) Enim vero cum (a) multa juris capita legibus imperii universalibus contineantur, quae omnes Germanos obli-

eine solche Abfertigung der Gegner dieser Meynung, die fast abschrecken sollte, sich zu ihnen zu gesellen, wenn nicht auf der andern Seite der Anschein, als sollte diese Art, die Gründe vorzutragen, das ersetzen, was den Gründen selbst an Stärke abgeht, dazu beynahe noch mehr ermunterte.

Wenn man nun aber bey diesen Beweisen des Herrn von Selchow den ersten für jetzt übersieht, von dem sich unten zeigen wird, wie viel Gewicht er hier haben könne; wenn man den zweyten von vielen allgemeinen Gewohnheiten auf zwey einschränkt, wie dies so ziemlich einstimmig unter den deutschen Rechtsgelehrten

obligant; (b) multa capita, moribus per omnem Germaniam constituta, aequaliter obtineant; (c) alia, quae statu publico nituntur, item in omnibus provinciis sibi respondeant; (d) jura particularia tantum non semper in nobilissimis fori materiis amice conspirent; facile colligitur, jus germanicum universale non existere tantum; verum sua quoque utilitate sese unice commendare; ut adeo *ridicula* sit et *inficeta* eorum *sapientia*, qui *magno conatu maximas nugas agunt*, dum, non dari jus germanicum universale, *anxie* demonstrant.

lehrten angenommen ist *); so folgt dann aus dem zweyten, aber noch mehr aus dem dritten und vierten, Beweise nichts weiter, als höchstens, daß es ein allgemeines deutsches Recht im historischen Sinne gebe; denn es gründet sich alsdann alles auf Uebereinstimmung der Provincialrechte, wie die beiden letzten Beweise auch ganz ausdrücklich sagen.

Allein kann das auch nur im geringsten dazu dienen, eine Wissenschaft des allgemeinen deutschen Rechts zu erbauen, wie sie den sonstigen Erfodernissen juristischer Begriffe und Lehrsätze gemäß wäre? oder muß man nicht vielmehr mit dem Ausdrucke: allgemeines Recht, in juristischen Untersuchungen einen ganz andern Sinn verbinden, als den, daß es bloß übereinstimmendes Particularrecht sey? Unstreitig verfährt Herr Hofrath Runde weit consequenter, und ist den Foderungen der Methode juristischer Wissenschaften weit treuer, wenn er geradezu behauptet, es wäre hier nicht bloß allgemeine Uebereinstimmung abzuhandeln, die kein

*) Ich will hier auf das, was ich in der ersten Abhandlung in diesen Beyträgen ausgeführt habe, nicht einmal Rücksicht nehmen.

kein geltendes Recht begründen könnte; son-
dern es müsse wirklich allgemein geltendes
deutsches Recht abgehandelt werden; und ein
solches gäbe es auch in der That. Die letztere
Behauptung wollen wir jetzt noch dahin gestellt
seyn lassen. Bey der ersteren aber, daß, wenn
allgemeines deutsches Recht abgehandelt wer-
den soll, dies durchaus ein allgemein gelten-
des Recht seyn müsse, welches folglich, eben
weil es gälte, auch als solches praktischen Ge-
brauch haben müsse, ist es nöthig, etwas län-
ger zu verweilen. Sie ist unstreitig richtig
und läßt sich noch von ganz andern Seiten
beynahe unwidersprechlich beweisen.

Was in der Abhandlung über allgemeine
Gewohnheiten schon angedeutet worden ist,
muß hier bestimmt erklärt werden. Allgemei-
nes Recht (jus universale) in dem Sinne, den
die Jurisprudenz allein anerkennen kann, ist
nichts anders als gemeines Recht (jus com-
mune). Die Zweydeutigkeit, die man bisher
hier übrig ließ, ob beides einerley sey oder
nicht, dürfte an der Verwirrung, die in die-
ser ganzen Untersuchung herrscht, gewiß keine
geringe Schuld haben. Ausgetauscht ge-
gen einander sind beide Ausdrücke in Schrif-

ten

ten der Rechtsgelehrten oft genug worden; ein Ausdruck ist dem andern oft genug untergeschoben werden, ohne daß man doch je ausdrücklich erklärt hat, daß beides ganz einerley sey *). Selbst Herr Hofrath Runde nennt das, was er vorher **) allgemeines deutsches Privatrecht nannte, bald darauf ***) gemeines deutsches Privatrecht; und hierüber ist ihm wahrlich kein Vorwurf zu machen, da er dabey seiner Darstellung von einem allgemeinen Rechte vollkommen treu bleibt, indem sein allgemeines Recht ja, als solches, praktischen Gebrauch haben soll. Allein es ist recht sehr zu beklagen, daß er den Begriff des gemeinen Rechts nicht ganz bestimmt entwickelt und sich dann deutlich über die Uebereinstimmung desselben mit dem Begriff des allgemeinen Rechts erklärt. Man muß dies beynahe etwas befremdend finden, da er selbst in der Folge über „falsche Begriffe von der wahren Natur eines „ge-

*) Man sehe nur beyspielsweise A. Schotts Encyklopädie und Methodologie S. 13.

**) Grundsätze §. 7.

***) §. 10.

„gemeinen Rechts" klagt und behauptet, daß „dieser Begriff vom gemeinen Rechte berich„tigt" werden müsse, um es zu begreifen, „daß es nicht nur in eben der Maaße ein ge„meines deutsches Privatrecht giebt, in wel„cher das römische diesen Namen verdient; „sondern daß in der Anwendung letzteres noch „dem ersteren nachstehen müsse" *). — Wie sehr hätte sich Herr Hofrath Runde durch die wirkliche Bestimmung dieses Begriffs, wie so mancher andrer, um die Berichtigung sehr vieler Lehren deutschen Privatrechts verdient machen können, die bey der Unbestimmtheit der Präliminarbegriffe höchst schwankend bleiben und selbst sehr oft über Herrn Runde's eigne Meynung zweifelhaft lassen müssen. Es wäre dies in dem gegenwärtigen Falle um so mehr zu wünschen gewesen, da auch in den Lehrbüchern anderer Wissenschaften und den Erläuterungen derselben der Begriff des gemeinen Rechts nur im allgemeinen angegeben, nicht aber vollständig erörtert, oder mit allen seinen Bestimmungen und ihren Folgen erläutert wird. Da nun für die Bestimmung die-

ser

*) Runde Grundsätze des allgem. d. Privatrechts §. 79. S. auch oben S.;

ser Begriffe so wenig vorgearbeitet ist; so bleibt nichts mehr übrig, als daß wir diese Auseinandersetzung, so weit sie zum Behuf der weitern Untersuchung unsrer Hauptfrage hier nöthig ist, nun selbst versuchen.

Man erklärt gewöhnlich den Ausdruck: gemeines Recht, durch dasjenige, welches in ganz Deutschland als Hülfsrecht gälte, welches dann anzuwenden sey, wenn die Particularrechte keine Entscheidungsnorm an die Hand geben. Allein eben dies ist auch die einzige Bedeutung, welche mit dem Ausdruck: allgemeines Recht Deutschlands, zu verbinden ist. Denn wie schon in der ersten Abhandlung gesagt worden, der Ausdruck: allgemein, kann im juristischen Verstande nur so genommen werden, daß er etwas anzeigt, zu dessen Natur die Allgemeingültigkeit gehört; nicht etwas, zu dem sie nur zufällig hinzukommt; also nur etwas, das als allgemein gelehrt wird. Ist dies nicht; so ist es für die Lehren der Jurisprudenz keinesweges allgemein. Ein Rechtssatz kann von derselben nur in dem Fall in dieser Eigenschaft erkannt werden, da er Allgemeinheit unmittelbar mit sich führt; denn sonst kann er in derselben bloß als das Recht

einzelner, wenn auch noch so vieler, Provinzen dargestellt werden,, welches aus keiner Rechtsquelle, die Gesetze für ganz Deutschland machte, die ihm den Charakter der Allgemeinheit mittheilen konnte, fließt, sondern welches für jede einzelne Provinz seines eigenthümlichen Grundes bedarf. Die Rechtswissenschaft kann zwar dabey, wie mehrmals erinnert worden, anzeigen, daß diese besondern Rechtsquellen einzelner Provinzen, alle unter einander, übereinstimmten; allein das ist dann keine eigentliche Rechtslehre, die einen Theil des vorzutragenden Systems ausmacht, sondern es wäre nur für eine als Nachtrag hinzugefügte historische Bemerkung anzunehmen, die aber in die Rechtslehre selbst gar keinen Einfluß hat. Diesemnach also kann man nur das als allgemeines Recht gelten lassen, dessen ursprüngliche Bestimmung es ist, für ganz Deutschland ein Gesetz auszumachen; nicht aber zu dem diese Eigenschaft durch zusammentreffende zufällige Umstände hinzukommt. Und was ist denn nun das gemeine Recht anders? Beides ist ein Recht, dessen Bestimmung auf ganz Deutschland geht, wenn auch Zufälligkeiten, das heißt, einzelne Provincialgesetzgebungen, hier Ausnahmen machen. Denn

durch

durch diese Ausnahmen wird ihm der Charakter der Allgemeinheit, den es seiner Natur nach hat, gar nicht genommen; sondern, falls mir der Ausdruck zu brauchen vergönnt ist, nur suspendirt; er würde sogleich eintreten, als diese für das gemeine Recht nur zufällige, (abgleich für das Provincialrecht wesentliche,) Einschränkung wegfallen würde.

Zu dieser Vergleichung des allgemeinen und gemeinen Rechts muß aber nun noch eine andre Untersuchung zum Behuf einer genauern Bestimmung des Begriffs vom gemeinen Rechte hinzugefügt werden, wenn wir alle bey der folgenden Untersuchung erfoderlichen Prämissen entwickelt vor uns haben wollen. Mit allem Grunde sagt man: gemeines Recht sey dasjenige, welches als Hülfsrecht gälte, welches alsdenn anzuwenden sey, wenn die Particularrechte keine Entscheidung eines Falls oder einer Frage enthalten *). Dies gemeine Recht wird immer in Rücksicht auf einen bestimmten District verstanden; so kann man freylich auch von einer bestimmten Provinz, einem Theile von Deutschland, sagen, daß die-



*) S. oben. S. 67.

ser oder jener Satz daselbst gemeines Recht sey, das heißt, daß er daselbst so lange die Entscheidungsnorm ausmache, als nicht das Recht kleinerer Districte, oder gar einzelner Oerter in dieser Provinz ihm entgegenstehen, und seine Anwendbarkeit in diesem District oder Ort aufheben. Spricht man vom gemeinen Recht Deutschlands, oder vom gemeinen deutschen Recht; so ist aus eben dem Grunde darunter nur solches Recht zu verstehen, welches für ganz Deutschland gilt, bis ein Particulargesetz seiner Anwendbarkeit entgegensteht.

Allein auch hier ist abermals der Begriff so zu bestimmen, daß er der Eigenschaft der Lehren der Rechtswissenschaft, die wir oben schon in andrer Hinsicht haben kennen lernen, entspreche. Das gemeine Recht muß nicht bloß zufälligerweise, sondern durch sich selbst gemeines Recht seyn. Dieses sein Wesen muß nicht wieder von irgend einer andern Voraussetzung, die ihm die Gültigkeit erst mittheile, abhängen; sondern es muß dasselbe unbedingt und ohne alle weitere Voraussetzung ihm zukommen. Oder um dies noch anders auszudrücken: die Grundsätze und Regeln, worinn die

Rechts-

Rechtslehren des gemeinen Rechts bestehen, müssen immer gleich ihre Anwendung finden, sobald nur das Provincialrecht keine Grundsätze oder Regeln zur Entscheidung an die Hand giebt, oder die Aufstellung solcher abweichenden Grundsätze oder Regeln gesetzlich begründet. Es kann nemlich wohl zuweilen der Fall eintreten, daß das Particularrecht über irgend eine Frage keine ausdrückliche Entscheidungsnorm hergiebt; und dennoch ist nicht eine Vorschrift des Hülfs-Rechts anzuwenden, weil der Gegenstand oder das Rechtsinstitut, in Ansehung dessen die Frage vorkömmt, dem Hülfsrecht ganz unbekannt sind, und dasselbe also keine Entscheidungen darüber enthält, folglich auch keine zur Anwendung gebraucht werden können. Unter solchen Umständen sind nun freylich nur Grundsätze anzuwenden, welche mit dem Gegenstande, über den die Frage aufgeworfen ist, zusammenhängen; gesetzt auch sie wären nicht ausdrückliches Gesetz. Diese Grundsätze sind dann allerdings als solche anzusehen, die bey dem Mangel der Particularrechte als Aushülfe zu brauchen sind; aber ihr Unterschied von dem eigentlich geltenden gemeinen Rechte ist sehr groß. Denn sie gelten nur dann, wenn der Gegenstand, oder das

Rechtsinstitut, worauf sie sich beziehen, schon aus andern Gründen als gültig festgesetzt ist; von diesem hängt ihre Gültigkeit im vorliegenden Falle als von ihrer Bedingung ab. Das eigentlich sogenannte gemeine Recht hingegen hat eine solche bedingte Gültigkeit gar nicht. Es setzt nicht voraus, daß die Gültigkeit des Gegenstandes auf andre Art und durch andre Gründe als diejenigen, welche dem gemeinen Recht überhaupt seine Gültigkeit mittheilen, rechtsbeständig begründet sey; sondern es gilt unumschränkt immer, wenn nur kein widersprechendes Institut eingeführt ist. Es gilt, sobald nur die Umstände nicht entgegen sind; es ist dabey aber gar nicht nothwendig, daß die Umstände es begünstigen und ihm erst den Weg der Anwendbarkeit bereiten, da es dazu die nöthigen Bestimmungen in sich selbst hat. Nur auf diese Art ist das gemeine Recht als ein gesetzlich gemeines Recht anzusehen.

Noch klärer wird diese letztere Bestimmung, wenn man den Stoff, aus dem eigentlich allein die Rechtswissenschaften bestehen können, und dessen Festsetzung, Ausbildung und Vorbereitung zur Anwendung ihr wahres Geschäft ist, nicht verkennt. Alle eigentlichen Rechts-

säße beziehen sich auf Handlungen und nur diejenigen Lehren also, welche Regeln und Bestimmungen über Gesetzmäßigkeit, Erlaubtheit, Rechtmäßigkeit, Form, Erklärung der Handlungen u. s. w. angeben, sind als Lehren, die für die Rechtswissenschaften gehören, anzusehen. Zu den Entwickelungen und Erläuterungen dieser Lehren sind zwar zuweilen gewisse allgemeine Begriffe und die Ausdrücke und Benennungen für dieselben nöthig, und ihnen deshalb vorauszusenden; allein sie haben nur für die Wissenschaften, die sich mit Rechten beschäftigen, insofern Werth, als sie diejenigen Säße, zu deren Einsicht und Entwickelung sie erfodert werde, erläutern, als sie genauer bestimmen, was unter jenen Säßen eigentlich zu verstehen sey. Nie aber kann die Gültigkeit der Grundsäße der Rechtswissenschaft von jenen Begriffen selbst abhängen. Sie muß vielmehr unabhängig von ihnen auf denjenigen Gründen beruhen, die allein Rechte stüßen können. Diesemnach ist denn gemeines Recht nichts als der Inbegriff derjenigen rechtlichen Vorschriften und Bestimmungen über Handlungen derjenigen Entscheidungsnormen, welche immer anzuwenden sind, sobald die Particularrechte keine Normen zur Bestimmung

oder Entscheidung oder auch keine gesetzliche Veranlassung zu einer besondern anderweiten Bestimmung an die Hand geben, ohne daß erst ein besondrer Gegenstand, der seine Anwendbarkeit begründe, dabey vorauszusetzen ist. Der Fall, in dem seine Wirksamkeit eintritt, ist also folgender: der Richter erhält einen Rechtsstreit zu entscheiden; oder aber es ist eine Handlung nach Gesetzen einzurichten und vorzunehmen. Die Particulargesetze enthalten dafür gar keine Bestimmung und auch keine gesetzliche Veranlassung zu irgend einer besondern, dem gemeinen Recht unbekannten, Bestimmung. Alsdann ist folglich die Vorschrift des gemeinen Rechts geradezu anzuwenden. Die Wichtigkeit dieser Eigenschaft, daß das gemeine Recht ein solches sey, dessen Vorschriften alsdann allenthalben gälten, wo nicht eine besondre Vorschrift gesetzlich oder durch besondre Veranlassung, z. B. eines eignen durch Provincialgesetze u. d. gl. im Ganzen begründeten Rechtsinstitutes, geltend gemacht worden; dessen Vorschriften also, in Ansehung ihrer Gültigkeit und Anwendbarkeit, auch nicht von einer solchen particulären Voraussetzung abhängen, sondern immer anzuwenden sind,

wenn

wenn keine solche particuläre Voraussetzung da ist, wird sich in der Folge beurkunden.

Nachdem wir diese Erörterung der unserer Untersuchung nöthigen Begriffe mit ihren Bestimmungen vor uns haben, können wir nun eine desto bestimmtere und deutlichere Antwort auf die Frage: ob es ein gemeines deutsches Privatrecht gäbe? zu finden hoffen. Das heißt nun also: giebt es eine beträchtliche zur Erbauung einer Wissenschaft hinreichende Sammlung deutscher, nicht aus fremden Rechten entlehnten, Rechtsgrundsätze, welche alsdann immer anzuwenden sind, wenn Particularrechtsbestimmungen fehlen, ohne erst einer besondern Voraussetzung zu ihrer Gültigkeit nöthig zu haben?

So muß man nun den Sinn der Frage wohl fassen; denn daß wir kein allgemeines deutsches Gesetzbuch haben, das hier gemeines Recht machte, ist bekannt genug, und diese ganze Untersuchung würde alsdann auch so weitläuftig gar nicht geführt werden dürfen, sondern sehr leicht entschieden seyn. Daß ferner durch Reichsgesetze, die wohl unstreitig allgemeines oder gemeines deutsches Recht begründen,

gründen, mehrere Puncte des Rechts bestimmt sind, ist lange nicht genug. Selbst abgerechnet, daß man von den meisten noch ihren Ursprung aus dem fremden Rechte zeigen kann, so ist das alles doch viel zu wenig, um von einem Rechte oder von einem wissenschaftlichen Inbegriffe einer ganzen Menge von Rechtssätzen zu sprechen, wozu natürlicherweise ein paar Rechtsvorschriften oder selbst ein paar ganze Rechtslehren nicht hinreichen. Dennoch ist es darum nicht nöthig, die mehrmals gedachte Frage in der großen Ausdehnung zu verstehen, als sie von einigen Gegnern der bisher bestrittenen Meynung genommen wird: ob es nemlich ein deutsches Privatrecht gebe, das sowohl in Ansehung seiner örtlichen Ausdehnung als auch in Ansehung des Anfangs seiner Materien allgemein, (folglich jus universale und generale im weitesten Sinne zugleich,) wäre? Es wäre meines Erachtens genug, wenn nur es eine solche Menge von allgemeingültigen deutschen Rechts-Grundsätzen gäbe, die hinlänglich wären, daß daraus eine Wissenschaft erkannt werden könnte. Denn auf eine Wissenschaft muß es doch wohl unstreitig immer angesehen seyn; die Allgemeingültigkeit ein-

einzelner Rechtssätze ist von keiner Parthey je bestritten worden.

Gerade dies letztere ist auch wohl gewiß der Sinn, in dem nach allem bisher angeführten Herr Hofrath Runde seine Behauptung nehmen kann. Freylich sind die häufigen Unbestimmtheiten, die der eben gedachte Schriftsteller sich im Gebrauch des Ausdrucks: gemeines Recht, zu Schulden kommen läßt, in der That nicht behülflich, um seinen wahren Sinn allenthalben leicht zu finden. Er braucht diesen Ausdruck z. B. überhaupt mit dem Ausdruck: allgemeines Recht ganz gleichbedeutend, und begreift auf eine ganz ungewöhnliche Art auch das unter gemeinem Recht (jus commune), was man sonst bloß jus generale nennt. So setzt er im vierzigsten Paragraph und in den Ueberschriften des §. 41 und 59 gegen allen juristischen Sprachgebrauch das gemeine deutsche Privatrecht dem deutschen Specialrechte entgegen *). Ja zuweilen giebt er

*) Ich will zur leichtern Einsicht dieser Bemerkungen den allgemeinen Entwurf des dritten Abschnitts aus dem

er noch zu einer anderen Art der Verwirrung Anlaß, indem er von Zeit zu Zeit den Ausdruck: gemeines Recht, so stellt, als ob er von dem gemeinen oder subsidiarischen Recht einzelner Provinzen oder gar einzelner Städte gelten sollte, und dies selbst da, wo von der Existenz des gemeinen deutschen Rechts die Rede ist, und wo er sie beweisen will *), welches dann eine ganz unausbleibliche Unsicherheit der Untersuchung bewirken muß, die sowohl dem Verfasser selbst als seinen Lesern schadet. Sollen dies etwa die Berichtigungen

dem Rundischen Compendium (S. 32—54.) nach den Ueberschriften der Paragraphen hersetzen:

Von den Quellen des deutschen Privatrechts

Ueberhaupt (§. 40).

Insonderheit

I) Insonderheit des gemeinen deutschen Privatrechts
 1) Reichsgesetze (§. 41).
 2) Allgemeine Landesordnungen (§. 42—48).
 3) Stadtrechte (§. 49 — 55.
 4) Deutsche Gewohnheitsrechte (§. 56 — 58).

II) Von den Quellen der deutschen Specialrechte
 1) Adelsrecht (§. 59 — 72).
 2) Quelle der besondern Rechte des Bauernstandes (§. 73 — 77).
 3) Von den Quellen der übrigen Specialrechte überhaupt (§. 78).

*) So heißt es §. 40: „die Stadtrechte, welche für alle unter der Gerichtsbarkeit der Stadt lebende Personen gemeine Rechte sind; u. d. gl.

gen des Begriffs vom gemeinen Rechte ausmachen; so bestehen sie wenigstens nicht in der bestimmteren Angabe der Grenzen und genaueren Bestimmung der Merkmale desselben.

Indessen sind nun doch die Beweise, welche Herr Hofrath Runde für das Daseyn des gemeinen deutschen Rechts anführt, zu prüfen. Sie sind nach dem §. 80. seines Lehrbuchs, der schon, seiner Ueberschrift nach, den Beweis des Daseyns des gemeinen deutschen Privatrechts enthalten soll, folgende: „1) „wir haben allgemein verbindliche Reichsgesetze, „welche vieles zum Privatrecht gehöriges ent„halten; 2) gibt es allgemeine Reichsgewohn„heitsrechte; 3) haben Land- und Stadtrech„te, zwar nicht im geographischen Sinne, aber „doch in Ansehung der Gegenstände, in dem „Lande und in der Stadt, für welche sie ge„macht sind, die wahre Natur gemeiner Rech„te; und 4) was in Ermangelung solcher po„sitiven Rechte aus der Natur der Sache ge„folgert und in Anwendung gebracht wird, ist „in aller Rücksicht gleichfalls gemeines „Recht". — In diesem Beweise wären also die Quellen angegeben, aus denen der Stoff für das allgemeine deutsche Privatrecht geschöpft

wer-

werden könnte; und es muß nun untersucht werden, ob aus diesen Quellen überhaupt Rechtssätze für das allgemeine deutsche Privatrecht fließen können; und dann, ob diejenigen, von denen man dies zugestehen müßte, auch ergiebig genug wären, daß eine ganze Wissenschaft aus ihnen bereitet werden könnte?

Als die erste Quelle werden also die Reichsgesetze genannt. Niemand wird in Ansehung derselben läugnen, daß die auf ihnen ruhenden Lehrsätze für ganz Deutschland gälten. Aber wie viel solcher Sätze werden durch sie gestützet? Herr Hofrath Runde sagt freylich im angeführten achtzigsten Paragraphen: sie enthalten vieles zum Privatrecht gehöriges. Es scheint, er schreibe ihnen dadurch eine reiche Ergiebigkeit zu. Nach §. 41. aber nennt er als diejenigen Privatgeschäfte, die ihre Gegenstände sind, bloß: „Contracte, Zinsfuß, Testamente, Intestaterbfolge, Vormundschaften, Handwerker, Pflichten der Notarien, verbotne Selbsthülfe, gerichtliches Verfahren,“ u. s. f. Unter diesem u. s. w. wären etwa noch höchstens Pfandschaften, schwerlich aber wohl noch etwas mehr, zu verstehn. Das wären also immer nur wenige Gegenstände, deren

voll-

vollständige Theorien selbst nur eine kümmerliche Wissenschaft ausmachen würden. Allein wenn man nun weiter frägt: wie viel Rechtssätze haben sie dann über jeden dieser Gegenstände aufgestellt? so können höchstens eine oder ein paar Rechtsvorschriften angegeben werden. Man sehe Beyspielsweise nur, was in der vorhergehenden Abhandlung über den Zinsfuß angeführt ist. Ich will aber darüber nicht einmal streiten, ob man diese Summe von Verordnungen aus dem Privatrecht, welche die Reichsgesetze enthalten, viel oder wenig nennen kann? Das wird man mir doch wohl zugeben, daß sich niemand einfallen lassen könne, diese wenigen Rechtssätze zu einer Wissenschaft verbinden zu wollen; und das ist alles, was ich hier wegen der Anwendung auf die gegenwärtige Untersuchung für jetzt zugestanden wünsche.

Auf den zweyten Grund, daß es allgemeine Gewohnheitsrechte gäbe, (warum Herr Runde sie Reichsgewohnheitsrechte nennt, begreife ich nicht recht,) scheint Herr Runde selbst nicht viel zu bauen. Es sind gewiß, wie die kältesten Forscher längst übereingekommen sind, nur wenige, die man als solche anerkennen kann; ja wer die Gründe, die ich in der ersten

Abhandlung dieses Stück aufgestellt habe, nicht unerheblich findet, wird auf diese Rechtsquelle gar kein Gewicht legen.

Wie es möglich war, den dritten Grund, „daß Land- und Stadtrechte, zwar nicht im „geographischen Sinne, aber doch in Ansehung der Gegenstände, in dem Lande und in „der Stadt, für welche sie gemacht sind, die „wahre Natur gemeiner Rechte haben," nur zu nennen; ist mir kaum erklärlich. Wer frägt dann bey dem ganzen Streit über die Existenz des allgemeinen oder gemeinen deutschen Rechts nach dem allgemeinen Recht in Ansehung der Gegenstände? Ein solches läßt sich bey einer einigermaßen vollständigen Provincialgesetzgebung leicht für eine Provinz aufbauen. Wäre aber das hinlänglich, um ein allgemeines deutsches Privatrecht zu haben; so hätte sich die ehrwürdige preußische Gesetzcommission gewiß durch die Ausführung ihres Bewunderung verdienenden Nationalwerks in einem so vollständigen Gesetzbuche ein von ihr selbst noch unerkanntes Verdienst ohne ihr Wissen erworben, indem sie auf einmal dem ganzen, gelehrten Zwist, der uns so lange beschäftigt hat, ein Ende gemacht hat. — Allein wer

wird

wird dies je glauben, der auch nur vorher aus Herrn Hofrath Runde's Lehrbuch selbst *) den Unterschied zwischen jus generale und universale kennen gelernt hat. Da freylich solche Unterschiede in der Abhandlung von Wissenschaften deshalb gleich anfangs festgesetzt werden, damit man sie im Verfolge der Ausführung bestimmt kenne, und nicht vermische; so ist in der That eine solche Vermischung durch denselben Kopf, der ihren Unterschied vorher genau angab, desto auffallender. — Fast wäre es noch verzeihlicher, wenn hier der andere Sinn, in dem die Particularrechte auch gemeine Rechte heißen können, nemlich gemeine Rechte für bestimmte Districte, angeführt wäre. Wenigstens wären sie so doch gemeine Rechte in demselben Sinn, in dem dies Wort hier allein angenommen werden kann, wenn gleich nach einer andern Gränzbestimmung **). Doch daß dies im Ernste dennoch kein Moment im Beweise ausmachen könnte, ist wohl nicht nöthig zu wiederhohlen.

Nun aber endlich der vierte, gewiß der scheinbarste Beweisgrund, und der auch wohl



*) §. 7. und 10.

**) S. oben S. 69. 70.

die meisten irre führen dürfte. Herr Hofrath Runde legt auch in der That weit mehr Gewicht darauf, als auf die vorhergehenden, indem er sagt: „was in Ermangelung solcher „positiven Rechte aus der Natur der Sache „gefolgert und in Anwendung gebracht wird, „ist in aller Rücksicht gleichfalls gemeines „Recht.“ Und in der That, ist diese Quelle nur überhaupt als eine solche anzusehen, aus der Lehrsätze des gemeinen deutschen Rechts zu schöpfen sind; so mag es um die übrigen Quellen stehen, wie es will; diese hier reicht gewiß hin, um Materialien einer Wissenschaft von keinem kleinen Umfange daraus zu schöpfen. Und warum sollte sie dann nicht als Quelle des gemeinen Rechts anzusehen seyn? Ist die Anwendbarkeit der aus ihr zu schöpfenden Grundsätze auf ein bestimmtes Land eingeschränkt? Tritt dieselbe nicht gerade alsdann ein, wenn Particulargesetze und Particulargewohnheiten keine Bestimmungsregel mehr angeben? Und nennen wir das nicht gemeines Recht, welches alsdann angewendet wird, wenn das Particularrecht keine Bestimmungen mehr an die Hand giebt? — Wer will es abstreiten, daß diese Behauptungen sehr vielen Schein haben? Wer kann es verkennen, daß

die-

dieser Grund unter allen der entscheidendste seyn würde, wenn er nur überall etwas entscheiden kann?

Es wird demnach hier wohl nothwendig seyn, daß wir, der völligen Sicherheit der Entscheidung wegen, noch einmal auf die oben voraus= geschickten Entwickelungen uud Bestimmungen des Begriffs von gemeinen Recht *) zurücksehen. Gemeines Recht ist ein Inbegriff derjenigen rechtlichen Vorschriften nnd Bestimmungen, über Handlungen, derjenigen Entscheidungsnormen, welche immer anzuwenden sind, wenn die Particularrechte keine Normen zur Bestimmung oder Entscheidung oder auch keine gesetzliche Veranlassung zu einer anderweitigen Bestimmung an die Hand geben, ohne daß erst ein besondrer Gegenstand, der die Anwendbarkeit desselben begründet, dabey vorauszusetzen ist. Da das römische Recht ganz unstreitig gemeines Recht ist; so ist dies am besten zu einem Beyspiel hier zu brauchen, Wenn man also bloß den Fall setzt, es sey zu entscheiden, wer die Güter eines Verstorbenen erhalten soll; das Recht der Provinz oder des



*) S. 6.

Orts in Deutschland, in dem der Fall sich ereignet habe, gebe eben so wenig, als eine daselbst gangbare Gewohnheit, irgend eine Art der Erbfolge an die Hand; so wäre doch gewiß nach dem römischen Rechte, als dem gemeinen Rechte, zu entscheiden, und ich fürchte bey dieser Behauptung selbst kaum den Widerspruch derjenigen Germanisten, welche sonst ganz allgemeine Anwendbarkeit des deutschen Rechts behaupten. Der Fall dürfte freylich wohl in diesen Bestimmungen nirgends leicht eintreten; er soll auch hier nur in der Idee als allgemeines Beyspiel dienen, und es kommt dabey ganz und gar nichts darauf an, daß bewiesen werde, der Fall, den man hier zum Beyspiel nehmen wolle, existire gerade. Genug, unter den angegebenen Voraussetzungen muß das römische Recht als gemeines Recht angewandt werden. Warum dann nun hier nicht die aus der Natur der Sache herfließenden deutschen Rechtsgrundsätze? Fehlt es etwa in der Materie der Erbschaften an solchen? O! wahrlich nicht. Eher dürfte man klagen, daß man, wenn man ja nach deutschen Rechten in einem solchen, übrigens ganz unbestimmten, Erbschaftsfall zu sprechen hätte, wirklich nicht wissen würde, welche Art der Erbfolge man

hier anwenden sollte. So sehr vielfach und verschieden sind die deutschen Lehren über Erbfolge, zumal wenn man auf die Erbfolge der Ehegatten sieht. Und dennoch bey solchem Reichthum ist keine hier hinlänglich? Fast möchte ich sagen: das kommt daher, weil man doch erst die Sache selbst haben und kennen muß, ehe man die Natur derselben bestimmen und entwickeln kann. Erst müssen die Umstände ergeben, welche von den verschiedenen Arten der deutschen Erbfolge hier gelte, ehe die zu dem Wesen dieser nun geltenden Art gehörigen und daraus herfließenden Rechtsregeln ihre Anwendung finden können. Durch einen rechtsbeständigen Grund, (sey dieser nun ausdrückliches Gesetz, oder Gewohnheit, oder Vertrag unter Privatleuten, aber eins von diesen muß es seyn,) muß erstlich festgesetzt seyn, welche Art von den mehrern Arten der deutschen Erbfolge hier als die eingeführte und entscheidende anzusehen ist, und ist nun eine von denselben, ich will annehmen, die auf der völligen Gemeinschaft der Güter zwischen Ehegatten beruhende — festgesetzt; so können alsdann, sonst aber nicht, die Rechtssätze, die aus der Natur derselben fließen, angewandt werden. Ja ich kann noch mehr sagen: nicht einmal bloß die Sache

überhaupt, der Gegenstand einer deutschen Rechtslehre im allgemeinen, muß durch einen von jenen Rechtsgründen als geltend angegeben seyn; das ist noch nicht einmal hinreichend; sondern es muß zugleich durch jene rechtsbeständigen Gründe die Natur der Sache selbst schon, wenigstens nach allgemeinen Umrißen, fest bestimmt seyn. Denn oft bezeichnet ein und eben derselbe Name eines deutschen Rechtsinstituts gar nicht ein einziges Institut, sondern begreift oft mehrere wesentlich von einander unterschiedene unter sich, die nur etwas gemeinschaftliches haben. So ist es doch offenbar in der That gar nicht genug, wenn nur im allgemeinen in Provincialgesetzen gesagt wäre: es solle Gemeinschaft der Güter zwischen Eheleuten; selbst nicht: es solle gänzliche Gemeinschaft der Güter, zwischen derselben gelten; so lange es zwey Arten der leztern giebt: eine, die auf das Ganze; und eine andre, die auf die Hälfte der gemeinschaftlichen Güter ein Recht nach dem Tode des andern Ehegatten giebt. Auch das muß also durch Provincialgesetze bestimmt seyn, oder aus andern Umständen klar werden, welche von beiden Arten unter jenem Ausdrucke in einer bestimmten Provinz verstanden werden. Nur alsdann erst ist es möglich, die aus der

Natur, welche einer von diesen Arten zukömmt, herfließenden Grundsätze anzuwenden. Wie verschieden ist dies alles von der Anwendbarkeit das als gemeines Recht unstreitig anerkannten römischen Rechts! Dieses braucht zu seiner Anwendbarkeit aller jener Voraussetzungen gar nicht.

Eben jene Voraussetzungen geben aber auch dem als gemeines Recht gepriesenen deutschen Recht keine geringen Einschränkungen in Absicht auf die örtliche Ausdehnung seiner Gültigkeit. Das römische Recht erstreckt seine Gültigkeit als Hülfsrecht auf alle deutsche Provinzen, wenn gleich seine Anwendbarkeit wegen der mehrern oder wenigern entgegengesetzten Provincialverordnungen nicht allenthalben gleich groß ist; die verschiedenen Lehren des deutschen Rechts aber gelten bloß allein in denjenigen Provinzen, welche die Rechtsgegenstände, auf welche sie sich beziehen, kennen und als gültig angenommen haben. Ein solches Recht aber, das in seinen ersten Grundsätzen höchstens als ein bedingungsweise subsidiarisches Recht angesehen werden kann, ist doch gewiß nicht als ein Recht, das nach seinem Wesen und durch sich selbst, also in dem Sinne, den allein die

Jurisprudenz anerkennen kann, allgemeines, oder gemeines Recht sey, anzusehen. Mir scheint durch diese Betrachtungen die ganze Streitigkeit vollkommen entschieden; und ich wünschte, dadurch auch die Ueberzeugung meiner Leser bewirkt zu haben. Sie würden alsdann mit mir darinn gänzlich einstimmig seyn, daß man der Behauptung, und noch mehr der Aufbauung, einer Wissenschaft des allgemeingeltenden deutschen Privatrechts vollkommen entsagen müsse. Sie würden auch alsdann mit mir in den Dank einstimmen, zu dem ich mich wenigstens gegen Herrn Hofrath Runde verpflichtet halte, daß er durch eine ganz consequente Zusammenstellung alles dessen, was man über allgemeingeltendes deutsches Privatrecht sagen und zu dessen Vertheidigung vorbringen kann, eine so dringende Auffoderung gegeben hat, diese Frage von Grund aus nochmals zu durchforschen, um auf ein ganz bestimmtes Resultat zu kommen.

Mit dieser Untersuchung hängt aber Herrn Professor Tafingers Behauptung eines analogischen deutschen Privatrechts zu genau zusammen, als daß man sie dabey unberührt zur Seite liegen lassen könnte. Ohnehin stellt Herr

Ta-

Dasinger sie ja gerade dem allgemeingeltenden deutschen Privatrecht entgegen, welches er nach ganz triftigen Gründen, die aber alle nicht sowohl aus dem Charakter eines allgemeinen Rechts, als vielmehr aus der Erfahrung, hergenommen sind, leugnet. Nach ihm ist dies analogische deutsche Privatrecht *) „der Inbegriff aller von dem ersten Ursprung „bis auf die vollständigere Entwickelung eines „jeden deutschen Rechtsinstituts hergeleiteten „allgemeinen Begriffe und Grundsätze.“ Es läßt sich freylich gegen diese Bestimmung schon erinnern, daß hier der Ausdruck Analogie nicht in dem Sinne genommen werde, in dem man ihn sonst in den Rechtswissenschaften zu nehmen gewohnt ist, und daß man, zumal bey dem heutigen Zustande der Rechtswissenschaften, wohl mehr darauf sehen müßte, die schon vorhandenen rechtlichen Ausdrücke genauer gegen einander zu begränzen und jeden besser zu bestimmen, als dadurch, daß man den schon vorhandenen Benennungen noch mehr Bedeutungen gebe, eine noch größere Verwirrung in

*) Dasinger über die Bestimmung des Begriffs der Analogie des deutschen Privatrechts S. 166. 167.

in dieser Wissenschaft zu veranlassen. Doch es wäre sehr ungerecht, auf diese Bemerkung gegen Herrn Tafinger ein großes Gewicht legen zu wollen. Er selbst dringt *) so sehr, als irgend jemand nur thun kann, auf den Unterschied der Rechtsanalogie überhaupt und der sogenannten Analogie des deutschen Privatrechts; und zeigt die Verschiedenheit derselben nach seiner Idee von der letzteren bestimmt genug an. Er hat auch diesen Namen nur von andern aufgenommen und besser zu bestimmen und zu entwickeln gesucht, und es ist ja überhaupt in wissenschaftlichen Untersuchungen über Worte und Ausdrücke nicht so sehr zu streiten, sobald man nur weiß, was man eigentlich für Begriffe damit verknüpft.

Allein ob der von Herrn Tafinger angegebene Begriff dieses von ihm vertheidigten analogischen deutschen Privatrechts die Probe halte, das ist zum Besten der Wissenschaft unstreitig sehr des Versuchs werth. So viel kann man wohl ohne Furcht, widersprochen zu werden, annehmen, daß die Wissenschaft des deutschen Privatrechts nur deshalb entwickelt werde,

*) §. 39 — 43.

de, damit sie Sätze liefere, die gegenwärtig einigen praktischen Gebrauch haben, die heut zu Tage anwendbar sind, oder Einfluß auf Anwendung haben. Sie wäre sonst keine Wissenschaft des Rechts, sondern nur ein Theil der Rechtsgeschichte, oder der Rechtsalterthümer. Daß mit einer solchen Behauptung nicht wieder etwa der oben geleugnete praktische Gebrauch dieses Rechts als allgemeines Recht von neuem angenommen werde, darf wohl nicht erst ausdrücklich gesagt werden. Herr Professor Tafinger hat sich in der That über diese heutige Anwendbarkeit und den davon abhängenden Nutzen dieser Wissenschaft *) meines Erachtens so vortreflich erklärt, daß ich von ihm in Rücksicht auf dieselbe gewiß nicht den geringsten Widerspruch zu fürchten habe. Ist aber seine Bestimmung nun wohl dieser Anwendbarkeit, als dem Zweck der Wissenschaft, gemäß gemacht?

Ueber die etwas undeutliche und fast sprachwidrige Bestimmung, die durch das Wort hergeleiteten, welches sich auf das vorige nicht genau zu beziehen scheint, in der gedachten Definition

*) S. 21 — 32 seiner Schrift, besonders aber S. 23.

finition entsteht, will ich hier keine Worte verlieren. Die ganze Erklärung wird durch die vorher *) gegebene Bestimmung der sogenannten Analogie des deutschen Privatrechts mehr ins Licht gesetzt. Von dieser heißt es, sie „lehre uns, die objective heutige Beschaffen„heit eines jeden einzelnen Instituts des deut„schen Privatrechts, das durch deutsche Gese„tze oder Gewohnheit entstanden ist, aus der „ursprünglichen Entstehung und weitern Aus„bildung des allgemeinen Begriffs und der „Grundsätze desselben zu bestimmen.“ Allein gelten dann gegen diese Bestimmung nicht noch immer dieselben Einwürfe, die schon so oft von den Gegnern der Meynung, der Herr Tafinger doch im ganzen gefolgt ist, vorgebracht worden sind? Wie können die Lehren über das, was gegenwärtig gilt und anwendbar ist, zunächst und gleichsam vorzüglich von dem Ursprung und der weitern Ausbildung der Rechtsinstitute abhängen? Was soll, um ganz bestimmt, — vielleicht bestimmter als man bisher die Fragen abzufassen gewohnt war, — zu fragen, eigentlich dadurch ans Licht kommen?

*) S. 165. §. 49.

men? Die Gegenstände des deutschen Privatrechts selbst, oder aber die Begriffe, Grundsätze und Theorien von demselben?

Wollte man jene aus den historischen Nachrichten, die von der Entstehung der deutschen Rechtsinstitute ausgehen und dann fortfahren, uns über die Ausbildung derselben zu belehren, schöpfen, und nach denselben bestimmen und aufzählen; so würde man sehr viele jetzt ganz veraltete und gar keiner Anwendung mehr fähige Rechtsinstitute mit zählen, und diese dann auch dem zufolge als Gegenstände des deutschen Privatrechts mit aufführen und bearbeiten müssen. Doch darüber sind wieder fast alle Partheyen eins, daß solche veraltete Institute gar nicht mehr in dieser Wissenschaft abzuhandeln seyn. Ist dieses aber nicht; so folgt ganz offenbar, daß es eigentlich noch einen andern Prüfstein geben müsse, der uns anzeige, welche Gegenstände die Probe der Tauglichkeit für unsre Wissenschaft aushalten. Und da nun dieser letztere sogar gegen jenen entscheidet, wie eigentlich alle Partheyen stillschweigend eingestehen; warum will man dann den Schein haben, dabey auch nur die geringste Rücksicht auf Entstehung und Ausbildung, also auf Geschichte

oder

oder älteres Recht zu nehmen? Man gestehe doch gerade zu, daß jetzt alles allein darauf ankommt, was heut zu Tage gelte, und lasse dies auch allein zum Prüfstein dienen. Freylich wird nun mancher stutzen und fragen: wie ist dann das möglich, diesen Prüfstein anzuwenden? Allgemeingeltendes Recht haben wir ja nach der obigen Ausführung nicht; und von Particularrechten kann nicht die Frage seyn. Ich würde kurz antworten: auch das muß der Zweck der Wissenschaft deutlich und genau bestimmen. Doch die weitere Ausführung dessen, was aus dem Zweck für die Auswahl der Gegenstände dieser Wissenschaft folgt, verspare ich bis zu einer bald folgenden Abhandlung über die Entwickelungsmethode dieser Wissenschaft, uud schreite jetzt nur noch zu der anderen Betrachtung.

Sind dann nicht etwa doch die über die einmal, es sey auf welche Art es wolle, gefundnen Gegenstände für diese Wissenschaft aufzustellende Theorien, die Begriffe, Grundsätze u. s. w. über dieselben, oder, wie Herr Tafinger es nennt, die objective Beschaffenheit eines jeden einzelnen Instituts des deutschen Privatrechts, aus der ursprünglichen Entstehung und wei-

weitern Ausbildung des allgemeinen Begriffs und der Grundsätze desselben zu bestimmen? Mich dünkt, auch diese Frage sey entschieden, sobald ich nur zu noch größerer Bestimmtheit ein Wort hinzusetze, das ich aus Herrn Tafingers Erklärung bey der Frage selbst noch auslassen zu dürfen glaubte. Herr Tafinger will, daß „die objective heutige Beschaffen„heit eines jeden einzelnen Instituts des deut„schen Privatrechts" bestimmt werde; und das von Rechtswegen, wie schon mehrmals erinnert worden. Was kann nun aber zur Bestimmung der heutigen Beschaffenheit aus der ursprünglichen Entstehung und der auf diese folgenden weitern Ausbildung zunächst für Vortheil gehofft werden? Kann sich denn nicht die Beschaffenheit eines Rechtsinstituts seit seiner Entstehung so sehr geändert haben, daß man kaum einen Zug noch wieder erkennt, den dasselbe beym Entstehen an sich trug? Oder ist dies etwa ohne Beyspiel? Wären der Adel und seine Rechte nicht eine Probe davon? Muß die heutige Beschaffenheit, müssen die heutiges Tages geltenden Begriffe und Grundsätze denn nach ihrem Entstehen bestimmt werden? Oder hängt das alles nicht ganz offenbar eigentlich von dem ab, was zu unsern Zei-

ten wirklich darüber angenommen ist und gilt? Daß die Betrachtung der ursprünglichen Entstehung und weitern Ausbildung der Rechtsinstitute die Einsicht in die rechtlichen Lehren davon aufhelle, wer wollte das leugnen? Aber meines Erachtens ist es doch ganz etwas anders, wenn man darnach frägt: welches die Quelle der rechtlichen Bestimmungen sey, wenn man frägt: was für Hülfsmittel man zur Aufstellung des Systems, zur Auffindung der Ursachen von dem, was man als jetzt geltend annehmen muß, zur Erleichterung der Einsicht in die einzelnen Grundsätze, ihren Zusammenhang und die Möglichkeit ihrer Verbindung brauchen kann? — Ja, wird man nun endlich sagen, wenn dann alles das, was andre schon gesagt haben, nicht gelten soll, was ist denn das bessere, das hier an diese Stelle gesetzt werden soll? Unstreitig hat man Recht, diese Frage zu thun; denn in allen Wissenschaften, wo der Stoff nicht von der Zufälligkeit der Erfahrung abhängt, sondern für welche entweder der Stoff schon bestimmt vorhanden, oder aber die Idee derselben als ganz leer aufgegeben werden muß, kann man sich nicht mit der Mangelhaftigkeit der menschlichen Erkenntniß entschuldigen, sondern die

Un-

Untersuchungen müssen zu Ende gebracht werden, entweder so, daß man das gesuchte auffindet, oder beweist, daß die ganze Idee, nach deren Innhalt man sucht, gänzlich Innhaltleer sey. So muß denn auch freylich diese Untersuchung völlig geendigt werden können; nur wird man mir erlauben, die vollständige Darlegung der einzigen richtigen Methode, sowohl um die für das deutsche Privatrecht gehörigen Gegenstände aufzufinden, als um die Theorien über dieselben zu bestimmen und auszuführen, für eine andre abgesonderte Abhandlung aufzubehalten, da der Gegenstand der gegenwärtigen, so innig er mit derselben zusammenhängt, doch in der That diese Fragen nicht in sich begreift.

Mit Recht kann indessen doch auch in dieser Abhandlung die Frage noch an mich ergehen: was denn dieser Wissenschaft für ein Name übrig bleibe, da ich ihr das Recht zu den beiden Namen: allgemeines sowohl als: analogisches deutsches Privatrecht, bestritten habe? Am Namen läge freylich immer wenig, und so könnte man es, unbeschadet aller oben angeführten Gründe, dennoch gerne geschehen lassen, daß man sie noch immer mit einem von den beiden gedachten Namen ankündigte, mit

chem man lieber wollte. Dennoch; soll auch davon die Rede seyn, so würde ich fragen: wozu soll sie denn noch einen Beynahmen haben? Ist etwa der Name: deutsches Privatrecht nicht bedeutend genug? Kann sie dabey in Gefahr kommen, mit einer andern Wissenschaft verwechselt zu werden? Hat doch Herr von Selchow sein Lehrbuch: *elementa juris, germanici privati hodierni*, ohne weitern Zusatz genannt. Und wer hat wohl einen Augenblick angestanden, welche Wissenschaft er darinn abhandle? Oder spricht man etwa von einem allgemeinen römischen Recht, das denn doch gewiß Allgemeinheit hat? Man darf dagegen nicht erinnern, daß das deutsche Privatrecht doch im Gegensatz gegen die einzelnen Provincialrechte, einen unterscheidenden Namen haben müsse. Den braucht es nicht. Was in einer einzigen Provinz gilt, ist zwar in einem andern Sinne immer deutsches Recht, nemlich in Ansehung seines Ursprungs, wenn es nicht aus einem fremden Recht geflossen ist, oder ist es auch in einem weitern Sinn, als wissenschaftlicher Gegenstand, insofern unter diesem Ausdruck alles in Deutschland geltende Recht verstanden wird. In diesem Sinne sind aber die römischen und andre fremde Rechte auch deutsche Rechte; und wer giebt dennoch dem deutschen Recht in engern Sinne, um es von fremden zu unterscheiden, einen eignen Namen? Wird aber von diesem deutschen Recht im engern Sinn

ge-

gesprochen; so sind die Rechte einer einzigen Provinz nicht mehr deutsches Recht, sondern sächsisches, hannöverisches, braunschweigisches, weimarisches ꝛc. Recht. Sie gehören, wenn sie bloß Rechte einer einzigen Provinz sind, auch nicht in die Wissenschaft des deutschen Privatrechts, sondern bloß in die Wissenschaft ihres Landesprivatrechts. Erst alsdann, wenn sie in mehreren Provinzen gelten, gehören sie zur ersten Wissenschaft. Alsdenn sind sie aber auch nicht mehr bloßes Provincialrecht, sondern wirklich deutsches Recht; denn nach der ganzen, von allen Partheyen anerkannten, oben mehrmals erwähnten, Lage unserer Jurisprudenz gehören zum deutschen Recht nicht bloß solche Grundsätze, die durchaus in allen Theilen Deutschlands gelten, sondern schon solche, die nur in mehrern gelten. Sie haben durch ihre Ausbreitung über mehrere Provinzen aufgehört, ein Eigenthum einer einzigen zu seyn; diese Ausbreitung mag übrigens entstanden seyn, wodurch sie will; sie mag sich über das ganze Band, das diese mehreren Provinzen ehemals vielleicht zusammenhielt, erstreckt haben, und nun sich in den einzelnen Provinzen auch nach Auflösung jenes Bandes noch erhalten haben, oder ein Institut mag in einer Provinz entstanden, und dann nachher von mehrern nachahmungsweise angenommen seyn. Dieser letzte, gewiß nicht seltene Fall, zeigt indessen auch, daß man in der Verfolgung der Geschichte der Rechts-

institute nicht sorgfältig genug zu Werke gehen kann. Ueberhaupt ist ja, wie Herr Tafinger *) sehr treffend bestimmt, die Hauptabsicht der deutschen Privatrechtswissenschaft Erläuterung und Erweiterung der Verordnungen der Landesgesetze über deutsche Rechtsinstitute. In diesen Landesgesetzen kommen nun Grundsätze vor, die theils einer einzelnen Provinz ganz allein eigen sind, theils aus dem fremden Recht, theils aber aus Rechtsinstituten sich herschreiben, die mehrern Theilen von Deutschland gemein sind. Man ist es ja längst gewohnt, von den ersten zu sagen: sie seyen Particularrecht; von den zweyten: sie seyen fremdes Recht, und von den dritten schlechthin: sie seyn deutsches Recht; warum sollte denn der letzte Ausdruck bey der Wissenschaft, die diese Rechtsinstitute zusammen faßt, wieder aufgegeben werden? Es scheint mir also nach allem bisher gesagten, man dürfe die Wissenschaft bloß gerade zu: heutiges deutsches Privatrecht ohne irgend einen weitern Zusatz nennen.

*) Ueber die Bestimmung des Begriffs der Analogie des deutschen Privatrechts S. 23.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hufeland, Gottlieb,

Beyträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften

Bd.: 1

Jena (1792)

Bamberg, Staatsbibliothek -- .19 A 3#1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11403002-9